

Gjerning og skyld

Kandidatnummer: 124

Leveringsfrist: 01.06.2007

Til sammen 23 817 ord

22.10.2007

1 Innledning

1.1 Emne og metode

I Alminnelig strafferett åpner Andenæs kapittelet om "Den subjektive skyld" med å påpeke todelingen av straffbarhetsbetingelsene:

"at det til straffbarhet ved siden av den objektive overtredelse av et straffebud også kreves subjektiv skyld hos den handlende, oftest forsett, men i alle fall uaktsomhet."¹

Når Andenæs presiserer at det kreves subjektiv skyld er det for å understreke at gjerningspersonen for å kunne straffes, må ha handlet under bestemte psykologiske forhold. I første og annen utgave av Alminnelig strafferett er det presisert at sitatet karakteriserer den moderne strafferett.²

Andenæs gir også en karakteristikk av eldre rett:

"I eldre rett hadde skyldprinsippet ikke samme ubetingede herredømme. Både i den germanske og romerske rett og i andre rettsforfatninger treffer vi på strafferettslig ansvar på rent objektivt grunnlag. Den primitive rett ser saken fra den forurettedes standpunkt, den tar utgangspunkt i den tilføyde krenkelse og spør mindre etter gjerningsmannens subjektive forhold."³

Etter dette syn skal retten ha utviklet seg fra et primitivt objektivt stadium til et høyere subjektivt stadium, og den strafferettslige tenkningen skal ha nådd sitt høyeste stadium da de tyske teoretikere på slutten av 1800 tallet konstruerte det moderne skyldbegrep.⁴ Når jeg har valgt å ta utgangspunkt hos Andenæs, er det fordi han gir uttrykk for en alminnelig oppfatning av eldre rett hos moderne strafferettsteoretikere. Cavallin har i sin bok om "Skuld" karakterisert denne slik:

"Beskrivningarna av den äldre rätten utgår ändå ofta utan vidare från ett grundläggande ideologiskt motsatsförhållande. Man föreställer sig att den historiska utvecklingen präglats av antingen sinnelagsetik eller konsekvensetik. Det betraktas ofta närmast som ett notorisk faktum, att straffansvaret under tiden före kristendommens inflytande var ett typisk effektansvar, som inte tog någon större

¹ Andenæs 2004, side 208

² Andenæs 1956, side 186 og Andenæs 1974, side 2005

³ Andenæs 2004, side 209

⁴ Michalsen 2002, side 450

hänsyn til gärningspersonens intentionalitet eller subjektiva förhållanden. Framför allt anses den hedniska germanske rätten vila på en typisk konsekvensetisk grund.”⁵

Andenæs tar utgangspunkt i gjeldendes retts subjektive skyldbegreper og bedømmer fortidens rett etter disse. For mitt formål er det ikke hensiktsmessig å karakterisere fortidens rett ut fra moderne begreper. Når jeg likevel tar utgangspunkt i gjeldende retts begreper er det for å få et perspektiv på fortidens rett, og for å vise hvordan historien peker fremover. Dette betyr at fortidens begreper må forstås ut fra samtidens oppfatning. Når jeg skal tolke fortidens begreper vil jeg derfor anvende en etymologisk tolkningsmetode. Den nyere rettshistoriske forskning anvender seg av begrepet rettskultur. I det ligger noe mer enn å forstå retten som materielle rettsregler. Retten betraktes som en integrert del av den generelle og rådende kulturen.⁶ Jeg skal med en jurists øyne beskrive og analysere fremveksten av den norske strafferettskultur, og også vise hvordan den ble påvirket av og utviklet seg i samspill med andre rettskulturer.

Den som skal fremstille fortidens strafferett møter umiddelbart spørsmålet om hva strafferett er.⁷ I gjeldende rett pekes det på at det essensielle er at det er staten som påfører den skyldige et onde fordi han har brutt et straffebyd.⁸ Med denne definisjon vokste strafferetten frem når konge og kirke begynte å motarbeide vold som middel for å løse konflikter. Det kom da opp en sontring mellom de tilfeller hvor gjerningspersonen bare måtte betale bøter til den krenkte eller dennes etterlatte, og de tilfeller hvor det også skulle betales bøter til kongen. Her ligger kimen til den moderne sontringen mellom strafferett og erstatningsrett. Men fordi privatboten kunne inneholde et pønalt element, er ikke sontringen fullt ut sammenfallende med den moderne retts sontring. Ut fra mitt formål som er å klarlegge innholdet i fortidens skyldbegreper, er det ikke nødvendig å sonde skarpt mellom hva som i moderne rett er strafferett og erstatningsrett.

Den eldste norske strafferettskultur som er bevart finnes i den eldre Gulatingsloven, som ble nedskrevet slik vi kjenner den i dag i 1250. Den viser brytningen mellom to rettskulturer. Den opprinnelige selvtektskulturen er i ferd med å vike for den katolske kirkes strafferett som var dominert av tanken om at enhver handling ble klassifisert enten som synd mot eller lovprisning av Guds ordning.⁹ Dette fører meg til Moseloven, der Gud skal ha åpenbart seg for Moses og bestemt hvilke handlinger som var syndige. Moseloven er sentral fordi den var et av grunnlagene for den

⁵ Se Cavallin 1999, s 147 - 148

⁶ Om rettskultur, se Øyrehagen Sunde 2005, side 14 flg.

⁷ Hauge 1996, side 33

⁸ Rt 1977 side 1207

⁹ Øyrehagen Sunde 2005, side 15

kanoniske strafferetten som påvirket den norske strafferettstenkningen fra 1100 tallet. I tillegg til Moseloven, brukte kanonisk rett romerretten som kilde. For å utvikle det kanoniske skyldbegrepet hentet de hjelp fra Corpus juris civilis, særlig culpabegrepet som de romerske jurister hadde utviklet.¹⁰ Jeg skal derfor også ta for meg romerretten. En tredje kilde for den kanoniske retten var Aristoteles. Han var ikke jurist, men gjennomførte på 300 tallet før vår tidsregning analyser som fikk grunnleggende betydning for den europeiske strafferettsskulturen. Det gjelder hans handlingsetikk og hans lære om hva som er rettferdig gjengjeldelse. Jeg skal derfor begynne fremstillingen med Aristoteles og deretter ta for meg mosaisk rett og romerretten, før jeg ser på kanonisk rett. Dette som bakgrunn for kanonisk retts påvirkning av den tradisjonelle germanske rett. Jeg avgrenser i tid slik at jeg tar med kriminalloven som kom i 1842. Det innebærer at jeg ikke skal gå i detalj inn i gjeldende rett, men jeg skal trekke paralleller fra eldre til den gjeldende retten.

1.2 Begrepsavklaring

I sitatet innledningsvis påpeker Andenæs todelingen av straffbarhetsbetingelsene i objektiv overtredelse og subjektiv skyld. De objektive straffbarhetsbetingelsene er definert i det enkelte straffebud. Straffebudene kan deles inn i gjerningsdelikter og følgedelikter.¹¹ Straffeloven §§ 233 og 239 er eksempler på følgedelikter. Det straffbare er beskrevet som det å forvolde en annens død. Den egentlig gjerningsbeskrivelsen mangler. Enhver menneskelig handling som faktisk får til følge et annet menneskes død, faller derfor inn under gjerningsbeskrivelsen. Det eneste som kreves er årsakssammenheng mellom handlingen og den kriminaliserte følge. Handlingsdeliktene beskriver konkret den handling som gjerningspersonen må ha utført. Straffeloven § 162 er et eksempel på en slik straffebestemmelse. Straffebudet beskriver det straffbare blant annet som det å "innføre narkotika". Her beskrives konkret den handling som gjerningspersonen må ha utført for å rammes av straffebudet.

Det Andenæs understreker i sitatet innledningsvis er at for å straffe gjerningspersonen, er det ikke tilstrekkelig at han har utført en handling som dekker den objektive gjerningsbeskrivelsen. Gjerningspersonen må også ha utvist det Andenæs betegner for "subjektiv" skyld. Skyld har med bebreidelse å gjøre. Den grad av bebreidelse som kan rettes mot gjerningspersonen kan variere selv om følgen av handlingen er den samme. En drapshandling kan således være alt fra det å kjøre på en fotgjenger i trafikken til å skyte sin arveonkel med "kaldt blod" for å få arven. Det sentrale i

¹⁰ Fenger 1977, side 31

¹¹ Jfr Ross 1970, side 342-345

de subjektive skyldformene er at den straffbelagte handlingen må være begått under visse psykologiske forhold hos gjerningspersonen. Gjerningspersonen må enten ha handlet med vilje til eller bevissthet om å realisere gjerningsbeskrivelsen.

Den sikreste form for skyld foreligger når gjerningspersonen ”har villet” realisere gjerningsinnholdet. Denne skyldformen betegnes som hensiktsforsett.¹² Ross åpner sin artikkel ”Hensigt er ikke forsæt” med å sitere Hurwitz som slår fast at det fra alle sider er enighet om:

”at forsæt forligger i det omfang, hvori gjerningsmanden har villet hidføre gjerningsindholdet i den forstand, at han har tilstræbt det som ønskverdigg. Denne form for viljesforsæt er kærnen i det populære forsætsbegreb”.¹³

Ved siden av vilje til å realisere straffebudets gjerningsinnhold kan det foreligge forsett dersom gjerningspersonen i gjerningsøyeblikket handlet med bevissthet om at gjerningsinnholdet kan inntre. Hvis gjerningspersonen innså følgen som sikker, er det bred enighet om at han har handlet med forsett.¹⁴ De lege ferenda er det ingen grunn til å behandle tilfellet annerledes enn om gjerningspersonen tilstrebet følgen. Hvis gjerningspersonen ikke innså følgen som sikker, men som mer eller mindre sannsynlig, er vi i forsettets grenseområde.¹⁵ Det inkluderer det norske sannsynlighetsforsettet og *dolus eventualis*. I norsk rett fokuseres det på graden av sannsynlighet slik at det foreligger forsett dersom gjerningspersonen innså følgen som overveiende sannsynlig eller mest sannsynlig som det heter i den nye straffeloven § 22 første ledd, bokstav b. Fremstod følgen bare som en realistisk mulighet, foreligger i utgangspunktet bevisst uaktsomhet. Men dersom gjerningspersonen er seg bevisst muligheten og likevel bestemmer seg for å handle, foreligger forsett i form av *dolus eventualis*.

Disse subjektive skyldformer står i motsetning til en objektiv betraktningsmåte som gjelder ved ubevisst uaktsomhet. Da ligger ikke grunnlaget for bebreidelsen i gjerningspersonens tanker og innstilling, men i omverdenens dom over handlemåten. Ved følgedelikter er ikke gjerningspersonen seg bevisst at hans handling vil føre skade med seg. For handlingsdelikter er det essensielle at gjerningspersonen var i uvitenhet om omstendigheter ved handlingen som gjør den straffbar. I så fall kan han ikke straffes for forsettelig forbrytelse, men for uaktsom forbrytelse dersom uvitenheten kan bebreides han, jfr straffeloven § 42 første ledd.

¹² Andenæs 2004, side 233

¹³ Ross 1970, side 337. Her siterer Ross Stephan Hurwitz, Den danske kriminalret. Almindelig del (1952), 317

¹⁴ Ross 1970, side 337

¹⁵ Waaben 1973, side 21

2 Aristoteles – et filosofisk utgangspunkt

2.1 Areopagos og det forsettelige drap

I den atenske gudelære fortelles det at guden Ares skulle ha drept sønnen til Poseidon. Saken mot ham ble ført på Areopagoshøyden som senere ble tilholdsstedet for en domstol med jurisdiksjon i saker om forsettelig drap. I Areopagos satt tidligere archons, som var de som overtok styret etter kongene. Saker om forsettelig drap hørte altså til under det offentlige. Det skyldtes antakelig at atenerne mente at retten hadde et guddommelig utspring. Å drepe en medborger var i strid med gudenes vilje, og for å sikre seg mot gudenes vrede måtte drapsmannen fjernes.

I ”The Athenian Constitution” beskriver Aristoteles hvilke saker som skulle gå for Areopagos:

”trials are held at the Areopagus, when anyone intentionally kills or wounds; for poisoning, when anyone kills by this means: and for arson: these are the only charges tried by the council of the Areopagus”.¹⁶

I tillegg til Areopagos hadde atenerne to andre domstoler som behandlet drapssaker. Lød anklagen på *involuntary homicide* ble saken ført for en domstol som het *Palladium*:

”for unintentional homicide, for planning homicide, and for killing a slave, metic or foreigner”¹⁷

Aristoteles nevner også en domstol som het *Delphinium*. Den hadde jurisdiksjon i saker hvor den anklagede anførte at drapet var lovlig begått.

Som følge av at atenerne hadde en domstol hvis jurisdiksjon var begrenset til visse drap, var det viktig for anklageren å påvise at domstolen var kompetent. Det måtte han gjøre ved å påvise at gjerningspersonen hadde utvist *pronoia*.¹⁸ En rettssak foregikk omtrent som en moderne jursak, med en anklager og en forsvarer som prøvde å overbevise jurymedlemmene. Det finnes bevart enkelte slike prosedyreinnlegg. Adriaan Lanni refererer to saker fra Lysias om forsettelig legemsbeskadigelser. I begge sakene argumenterer anklageren for at gjerningspersonen hadde *pronoia* ”by showing the presence of premeditation” som betyr gjennomtekning, hensikt. Forsvareren imøtegikk det med å si at:

¹⁶ Aristoteles 2002, punkt 57.3, (side 103)

¹⁷ Aristoteles 2002, punkt 57.3, (side 103)

¹⁸ Det følgende bygger på Lanni 2006, side 91 flg.

”it is improbable that he would plan to kill Simon by going to his house in broad daylight without any friends or other support.”¹⁹

Ut fra dette må det ha vært saker om forsettlig drap begått med overlegg som hørte til Areopagos, mens saker om det hastige drapet gikk for *Palladium*.

2.2 Aristoteles handlingsetikk og erstatningsrettferdighet

2.2.1 Aristoteles

Aristoteles levde fra 384 til 322 før vår tidsregning.²⁰ På den tid hadde grekerne allerede i over 200 år beskjeftiget seg med filosofi. Det særegne med Aristoteles var at han ikke ville bygge på spekulasjoner, men på realiteter. Han skrev grunnleggende verker om vitenskapsgrener som logikk, etikk, statslære og psykologi. Hans verker var så grunnleggende at de i middelalderen ble betraktet som kilden til ”all” verdslig viten. Ved siden av Aristoteles var Bibelen og Corpus juris civilis de store autoriteter i middelalderen. Det var først på 1600 tallet at forskningen nådde vesentlig forbi hans resultater.

Når jeg har tatt med Aristoteles, er det på grunn av hans betydning for den europeiske rettskulturen. Han var ikke jurist, men hans analyser fikk likevel betydning for rettsutviklingen. Det gjelder hans analyse av det psykologiske grunnlaget for den menneskelige beslutningsprosess som la grunnen for det moderne hensiktsforsettet. Aristoteles fikk også betydning for rettsutviklingen gjennom sin analyse av hva som lå i rettferdig (*epiekeia*) erstatningsutmåling.²¹

2.2.2 Handlingsetikken

I sitt verk ”Den Nikomakiske etikk” drøfter Aristoteles hva som er den gode (etiske) handling.²² Der finnes en fullt utviklet skyldlære basert på sinnelagsetiske betraktninger. Det som gjorde en handling god eller ond var ikke dens følger, men gjerningspersonens psykologiske innstilling til handlingen. Aristoteles var opptatt av sammenhengen mellom streben og tenkning. Både mennesket og dyr streber etter noe de ønsker. For å nå sine mål må de handle. Også evnen til å handle har mennesket til felles med dyrene. Aristoteles fremhevet den essensielle forskjellen mellom mennesket og dyret: dyrene handler ut fra sine instinkter, for eksempel for å skaffe seg mat hvis de føler sult. Mennesket derimot har evne til å tenke og dermed regulere sine handlinger:

¹⁹ Lanni 2006, side 91

²⁰ Om Aristoteles, se Stigen 1999 side 107 flg.

²¹ Øyrehagen Sunde 2005, side 149

²² Aristoteles 1973, tredje bok (side 32)

“The rule of mind over body is absolute, the rule of intelligence over desire is constitutional and royal. In all these it is clear that it is both natural and expedient for the body to be ruled by the mind, and for the emotional part of our natures to be ruled by that part of which possesses reason, our intelligence. The reverse, or even parity, would be fatal all round.”²³

Hvis for eksempel A har satt seg fore å drepe B, kan A regulere sin streben. Han kan beslutte seg til å handle, men også til å la være å handle. Aristoteles understreket således sammenhengen mellom beslutningen og handlingen:

”Et utgangspunktet for handling, er en beslutning – dvs. det hvorfra bevegelsen utgår ikke det for hvis skyld handlingen utføres – og utgangspunktet for en beslutning er vår streben og vår mening med det som gjøres. Derfor kan en beslutning ikke finne sted uten fornuft og tenkning eller uten moralsk holdning. For rett handling og det motsatte er ikke mulig uten tenkning og karakter.”²⁴

I punkt 2.2.3 skal jeg utdype sontringen mellom det frivillige og ufrivillige med sikte på drapshandlingen.

2.2.3 Det frivillige og det ufrivillige drapet

En handling var ifølge Aristoteles et utslag av gjerningspersonens beslutning, og han delte inn handlingene i ufrivillige og frivillige, ettersom gjerningspersonen ”handlet av uvitenhet og ufrivillig eller frivillig og med vitende og vilje.”²⁵ Det karakteristiske for det frivillige drapet var at beslutningen om å handle kom innenfra, fra gjerningspersonens sinn, og at den handlende hadde det i sin makt å utføre eller la være å utføre handlingen.²⁶ Dette tilsvarer det moderne hensiktsforsettet der menneskets streben og tenkning virker sammen og gir seg utslag i en beslutning som blir utgangspunktet for selve handlingen.²⁷

Hvorvidt handlingen var frivillig eller ufrivillig berodde på gjerningspersonens situasjon i gjerningsøyeblikket.²⁸ Det som gjorde handlingen ufrivillig var enten at den var et utslag av tvang eller av uvitenhet. For at tvang skulle gjøre handlingen ufrivillig måtte handlingen skyldes ytre forhold som lå utenfor gjerningspersonens kontroll, slik at den handlende selv ikke hadde bidradd

²³ Aristoteles 1962, side 33

²⁴ Aristoteles 1973, sjette bok, punkt 1 (side 59)

²⁵ Aristoteles 2006, side 1373.b, punkt 7 (side 88)

²⁶ Aristoteles 1973, tredje bok (side 32)

²⁷ Stigen 1973, side XI

²⁸ Aristoteles 1973, tredje bok, (side 32)

noe. Aristoteles drøftet særlig om handlinger begått i affekt, i sinne eller sjalusi skulle karakteriseres som frivillige eller ufrivillige. Det som stilte affekthandlingen i en særstilling var at gjerningspersonen traff beslutningen om å handle i handlingsøyeblikket, og at handlingen skyldtes en ytre påvirkning.²⁹ Likevel konkluderte Aristoteles med at også disse handlinger var frivillige. Ved å fremheve affekthandlingene som en egen kategori peker Aristoteles mot sontringen i moderne rett mellom overlagte (kaldblodige) og ikke overlagte (varmblodige) forbrytelser. En handling var også ufrivillig dersom den var utført i uvitenhet. En person kunne være uvitende om det han gjorde som når gjerningspersonen sier at det ”slapp ut” av en, eller ”jeg visste ikke at det var en hemmelighet”, at katapulten ”gikk av da jeg skulle vise hvordan den virket,” eller at man vil berøre en person, som folk gjør i boksetrening, men skader ham.³⁰ Eksemplene viser at en handling kunne være ufrivillig selv om selve handlingen var forsettelig utført. I så fall måtte gjerningspersonen være i uvitenhet om viktige omstendigheter, og som de viktigste fremhevet Aristoteles ”omstendigheter handlingen skjer i og formålet med den”.³¹

Aristoteles betraktet ikke uten videre den ufrivillige handlingen for etisk god. Det var avhengig av en nærmere vurdering av årsaken til gjerningspersonens uvitenhet. Han viste også til at lovgiveren straffer:

”ens uvitenhet hvis det antas at man selv er skyld i den; den fulle får for eksempel dobbelt straff, for utgangspunktet ligger i ham selv, ettersom det stod til ham ikke å drikke seg full og dette var grunnen til uvitenheten.”³²

Selv om Aristoteles ikke skrev som jurist, har han gitt en analyse som peker hen mot hensiktsforsettet og uaktsomhet. Hans lære om uvitenhet tilsvarende straffeloven § 42 når den som er i villfarelse straffes for uaktsomhet dersom ”nogen ved foretagelsen af en handling befundet sig i uvidenhed angaaende omstændigheder ved denne, der betinger strafbarheden”.

2.2.4 Erstatningsrettferdighet

Aristoteles utviklet også en lære om erstatningsutmåling som bygget på rettferdighet (*epieikeia*). I 5 bok, kapittel 4 og 5 i Den Nikomakiske etikk drøfter Aristoteles rettferdighet som det grunnleggende prinsipp for medmenneskers handlinger.³³ Han sondret mellom frivillige og

²⁹ Aristoteles 1973, tredje bok, punkt 1 (side 35)

³⁰ Aristoteles 1973, tredje bok, punkt 1 (side 34)

³¹ Aristoteles 1973, tredje bok, punkt 1 (side 35)

³² Aristoteles 1973, tredje bok, punkt 5 (side 40)

³³ Vinogradoff 1928, side 1 flg.

ufrivillige transaksjoner. Frivillig var transaksjoner der to parter utvekslet ytelser med grunnlag i avtale, mens de ufrivillige hadde sitt grunnlag i en skadegjørende handling. Denne sontringen tilsvare romernes sontring mellom *obligatio ex contractu* og *ex delictio*. For de frivillige transaksjonene stilte han ikke opp noe overordnet prinsipp. Enhver stod fritt til å strebe etter fortjeneste, forutsatt at avtalen ikke var inngått under tvang eller svik. Det var annerledes ved de ufrivillige transaksjonene fordi der var handlinger som ikke var ment å etablere noen forpliktelse. Derfor måtte det stilles opp et prinsipp for å avgjøre hva gjerningspersonen skulle yte til offeret som kompensasjon for sin handling. Aristoteles innførte her begrepet erstatningsrettferdighet. Han tok utgangspunkt i at en person hadde optrådt slik at en annen person hadde lidt urett eller skade. Det hadde ført til en uballanse som måtte gjenopprettes:

”Hvis de ene har slått og den andre er blitt slått, eller hvis den ene har drept og den andre er blitt drept, er lidelsen og handlingen ulikt fordelt. Men dommeren forsøker å gjenopprette likheten ved hjelp av straffen ved å frata ugjerningsmannen hans vinning.”³⁴

For å gjenopprette likevekten måtte gjerningspersonen erstatte det tapet han hadde påført offeret:

”The pain caused by a blow, the moral shock occasioned by it, the feeling of humiliation, the discredit thrown on the sufferer in the eyes of the public, all these elements have to be estimated in order to form a conception as to the loss sustained.”³⁵

2.3 Sammenfatning

Aristoteles var ikke jurist, men ved sin analyse av den menneskelige beslutningsprosess la han grunnlaget for det moderne hensiktsforsett. Det essensielle var at gjerningspersonen hadde tenkt gjennom sin handling og valgte av fri vilje å handle. Dersom gjerningspersonen handlet under tvang eller av uvitenhet, var handlingen ufrivillig. Men dersom det kunne bebreides gjerningspersonen hans uvitenhet skulle han straffes. Aristoteles analyse fikk gjennom Augustin og Thomas Aquinas betydning for kanonisk rett. Det kommer jeg tilbake til i punkt 6.3

Aristoteles fikk også betydning for rettsutviklingen gjennom sin analyse av hva som lå i rettferdig (*epieikeia*) erstatningsutmåling.³⁶ De romerske juristene tok i bruk hans begrep da de utviklet læren om *aequitas* som betyr rettferdighet. Derfra kom begrepet inn i Digestene, og ble tatt i bruk

³⁴ Aristoteles 1973, femte bok, punkt 4

³⁵ Vinogradoff 1928, side 9

³⁶ Øyrehagen Sunde 2005, side 149

av rettsvitenskapen i middelalderen og også i norsk rett, da prinsippet om det rettferdige erstattet likevektsprinsippet ved erstatningsutmålingen.³⁷ Det kommer jeg tilbake til i punkt 7.3.

Aristoteles betydning for rettsutviklingen gikk altså via kanonisk rett. En annen kilde tilden kanoniske retten var Moseloven. I kapittel 3 skal jeg se nærmere på mosaisk rett.

3 Mosaisk rett

3.1 Rettskildene

Moseloven er jødenes rettsregler. I følge Bibelen skal Jahve ha overlevert de til Moses. Grunnen til at jeg trekker frem så gamle rettsregler fra en annen kultur, er at kristendommen har sprunget ut fra jødedommen, og at mosaisk rett fikk via kanonisk rett betydning for utviklingen av skyldlæren i den europeiske rettskultur.

Mosebøkene forteller om hvordan et nomadefolk på 1300 tallet før vår tidsregning slo seg ned i Palestina (Kaanan). 2. Mosebok (Exodus) inneholder beretningen om jødenes fangenskap i Egypt, og om hvordan Jahve skal ha grepet inn og ført dem ut av landet under Moses ledelse. Deretter vandret de rundt i ørkenen i 40 år før de fikk slippe tilbake til Kaanans land. Det er i denne perioden Moses skal ha fått rettsreglene av Jahve. Moses ble ikke med inn i Kaanans land, og Jahve utpekte Josva som ny leder.³⁸

Ifølge Mosebøkene inngikk Jahve en pakt med isrealittene.³⁹ Sentralt i pakten var at jødene måtte overholde Jahves forbud og påbud. Til gjengjeld skulle Jahve vokte over dem. Brudd på reglene ble betraktet som brudd på pakten med Jahve, og derfor måtte gjerningspersonen straffes. På denne måte ble religion og rett to sider av samme sak.⁴⁰

Som historisk kilde er Mosebøkene problematiske, men forskningen har slått fast at det er en historisk kjerne i beretningene.⁴¹ Historieforskningen har vist at rettsreglene ikke stammer fra én

³⁷ Se Øyrehagen Sunde 2005, side 148 flg.

³⁸ Se Jos. 1, 1

³⁹ Se 2. Mos. 34

⁴⁰ Se Anners 1983, s 29

⁴¹ Thomsen 1983, side 76

kilde, men at de bygger på muntlige overleveringer som senere har blitt skrevet ned. Mosebøkene er nedskrevet i tidsrommet ca 850 til 500 før vår tidsregning, og resultatet er blitt en usystematisert samling av rettsregler.⁴² Det femte bud inneholder et generelt forbud mot å slå i hjel. Men rettsreglene for øvrig er kasuistiske. De beskriver konkrete handlinger som eksempler på problemløsning.⁴³ Det er samme type regler som vi skal se finnes i Lagtingslovene.⁴⁴ De inneholder en gjerningsbeskrivelse og hvilken sanksjon gjerningspersonen skal ha.

På 300 tallet etter vår tidsregning da den katolske kirken var etablert i Rom, fikk Hieronymus i oppdrag av paven å oversette bibelen til latin. Oversettelsen ble kalt Vulgata (den alminnelige) og ble den katolske kirkes offisielle bibel. Det var denne utgaven av bibelen som kanonistene brukte. Av den grunn kan det være av interesse å se hvordan Hieronymus oversatte skyldbegrepene fra Moseloven. Denne oversettelsen var i bruk i den katolske kirke helt frem til 1900 tallet, da den ble erstattet av den nye Vulgata.

3.2 Rettshåndhevelsen

I Mosebøkene møter vi et samfunn som godtar hevn, men det finnes også regler som regulerer adgangen til hevn. Jahve påla Moses å opprette tilfluktsbyer (asyl) for drapsmenn. Dit kunne en drapsmann rømme når han hadde slått noen i hjel. Det interessante for mitt emne er de kriterier som er brukt for å avgjøre om den som hadde søkt tilflukt skulle utleveres eller få beskyttelse mot hevnerne.⁴⁵ Som nevnt døde Moses før de nådde Kaanans land, og det var Josva som opprettet tilfluktsbyene. Drapsmannen skulle:

”stille seg ved inngangen og tale sin sak for de eldste der i byen. Og de skal ta imot ham i byen og gi ham et sted hvor han kan bo. Når så blodhevneren kommer etter drapsmannen, skal de ikke utlevere ham. For det er jo uten forsett han har slått sin landsmann i hjel; han har ikke båret nag til ham før. Han skal få bo der i byen til han har stått til rette for menigheten der og fått sin dom, eller til han som på den tid var øversteprest, er død. Da kan drapsmannen vende tilbake til sin egen by som han rømte ifra, og til sitt hus.”⁴⁶

Jeg skal i det følgende redegjøre for hvordan rettsreglene i Moseloven differensierte drapshandlingen ut fra gjerningspersonens skyld. Bestemmelsene må ses på bakgrunn av at formålet var å trekke grensen mellom de handlinger som ga rett til hevn og de som ga rett til asyl i

⁴² Thomsen 1983, side 76

⁴³ Øyrehagen Sunde 2005, side 51 og 90 flg.

⁴⁴ Se punkt 7.3.2

⁴⁵ 4. Mos. 35, 9 flg.

⁴⁶ Se Jos. 20, 4-7

en av byene. Bestemmelsene finnes i 2. Mosebok 20.1-18 og 21.12-36, 3. Mosebok 19. 17-20, 4. Mosebok 35. 16-28 og 5. Mosebok 19. 1-13.

3.3 Nærmere om skyld i Moseloven

3.3.1 Talion - gjengjeldelse

Det femte budet lyder som ovenfor nevnt ”Du skal ikke slå i hjel”. Budet inneholder ikke noe subjektivt element, men kun en gjerningsbeskrivelse; verbet å slå. Forutsetningen er med andre ord at gjerningspersonen aktivt har brukt vold mot offeret. I Vulgata er det femte budet oversatt med *non occides* som er samme verbet som ble brukt i gjerningsbeskrivelsen i romerretten.⁴⁷ Budet inneholder heller ingen sanksjon mot drapsmannen. Anners mener at forklaringen kan være at når Jahve selv hadde gitt budene, var det opp til ham å straffe.⁴⁸ Men det finnes imidlertid bestemmelser som fastsetter straff:

”Når noen slår et menneske i hjel, skal han dø. Den som slår i hjel et dyr, skal gi vederlag for det, liv for liv. Når noen skader sin landsmann på kroppen, skal det samme gjøres med ham som han selv har gjort: brudd for brudd, øye for øye, tann for tann. Den samme skade som han volder en annen, skal han selv få.”⁴⁹

Disse reglene bygger på gjengjeldelse (*talion*), og det er ingen åpning for at gjerningspersonen kan redde seg til en av tilfluktsbyene. Den eneste begrensning lå i at bestemmelsen forutsatte aktiv voldsutøvelse, men uten at det ble spurt om gjerningspersonen hadde slått med vilje.⁵⁰

3.3.2 Gjerningsbasert skyld

I 4. Mosebok finnes bestemmelser som nærmere regulerer drapshandlingen med sikte på om gjerningspersonen hadde krav på asyl. Alle bestemmelsene forutsetter at gjerningspersonen har slått offeret slik at det døde. I 4. Mosebok 35, 16-18 beskrives drapssituasjoner som ikke gir asyl:

”Den som slår noen i hjel med en gjenstand av jern, er en drapsmann, og drapsmannen skal dø. Hvis noen tar opp en stein som er stor nok til å drepe med, og slår en mann i hjel med den, da er han en drapsmann, og drapsmannen skal dø. Eller tar han et redskap av tre som en kan drepe med, og slår en annen i hjel, da er han en drapsmann, og drapsmannen skal dø.”

⁴⁷ Se punkt 4.3.2

⁴⁸ Anners 2000, side 31

⁴⁹ 3. Mos. 24, 17-20

⁵⁰ Anners 2000, side 30

Her beskrives situasjoner der gjerningspersonen har opptrådt kvalifisert hensynsløst. Det er tale om forsettelige utførte voldshandlinger med redskap. Dette er handlinger som Aristoteles betegnet som frivillige.⁵¹ Men i Moseloven er det ikke beslutningen om å handle som fremheves. Bebreidelsen lå i selve handlingens karakter.

Straffebudene som er sitert beskriver handlingene som det ”å slå”. Det kvalifiserte ved handlemåten er at gjerningspersonen bruker forskjellige redskaper. Gjenstand av jern er nevnt først. Det er et redskap som klart øker risikoen for et fatalt utfall. Gjenstand av stein og av tre er også nevnt, men for disse er det presisert at de måtte være av slik størrelse at de var egnet som drapsgjenstand. Tankgangen må ha vært at hvis gjerningspersonen brukte et slikt redskap mot et annet menneske, heftet han på objektivet grunnlag for følgen. Bebreidelsen lå med andre ord ikke i gjerningspersonens innsikt, men i det at han foretok en slik handling. Etter eldre rett var tankegangen at man heftet for de naturlige følger av ens feilaktige handlinger.⁵²

3.3.3 Sinnelagsbasert skyld

I 4. Mosebok 35, 16-18 er det som nevnt i punkt 3.3.2 beskrevet drapshandlinger som ikke ga gjerningspersonen rett til asyl. Fellesnevneren er at gjerningspersonen aktivt hadde slått offeret med et drapsredskap. I 4. Mosebok 35, 20-21 er beskrevet handlinger som ikke er egnet til å ta livet av et menneske, men som likevel får et fatalt utfall:

”Dersom noen støter til en mann i uvennskap eller kaster noe på ham i ond hensikt så han dør, eller i fiendskap slår ham med neven så han dør, da skal den som slo, bøte med livet. Han er en drapsmann, og blodhevneren kan slå ham i hjel så snart han treffer på ham.”⁵³

Her beskrives situasjoner der det legges vekt på gjerningspersonens tanker og innstillinger til offeret. Det nevnes at han ”bærer nag”, ”handler i uvennskap”, ”i ond hensikt” og ”i fiendskap”. Disse formuleringer peker hen mot en sinnelagsbasert skyld. Moseloven har imidlertid ikke samme konsept som vårt moderne skyldbegrep. Det var tilstrekkelig at gjerningspersonen hadde en fiendtlig innstilling til sitt offer og at handlingen var et utslag av sinnelaget. Gjerningspersonen hadde så fall syndet mot Jahves lov og måtte derfor straffes.

⁵¹ Se punkt 2.2.3

⁵² Dette ble utdypet i kanonisk strafferett, se punkt 6.4

⁵³ 4. Mos. 35, 20

Av særlig interesse er at ”ond vilje” er blant alternativene. Det peker hen mot vårt hensiktsforsett, men i Moseloven gjaldt det ikke noe dekningsprinsipp. Deres syn var at fordi handlingen var et utslag av synd, svarte gjerningspersonen for handlingens følger. En parallell i gjeldende rett finnes i reglene om at når gjerningspersonen handler med hensikt, kreves ikke mer enn at han innså følgen som en realistisk mulighet.⁵⁴ For så vidt er det tale om en objektiv bedømmelse.

Det er også interessant å merke seg at blant de subjektive elementene er nevnt det å ”ligge på lur” for å drepe en annen:

”Men hvis en mann som bærer nag til sin neste, ligger på lur etter ham, overfaller ham og gir ham et slag så han dør, og han flykter til en av disse byene, skal de eldste i hans hjemby sende folk for å hente ham tilbake. De skal overgi ham til blodhevneren, og mannen må dø. Du skal ikke skåne ham. Slik skal du rense Israel for uskyldig blod, så det kan gå deg vel.”⁵⁵

I dette ligger en svikfull opptreden. Det er en skyldform som vi også finner i romerrettens *dolus*, som betyr svik.⁵⁶ En gjerningsperson som ligger på lur, viser en gjerningsperson som har overveid før han handlet. Dette peker hen mot overlegg i gjeldende rett.

3.3.4 Ufrivillig voldsutøvelse (våde)

Den som med ond vilje slo til et menneske slik at det døde hadde ikke krav på asyl. Det finnes også bestemmelser som beskriver hva Aristoteles kalte ufrivillige handlinger og som vi skal møte på som vådeshandlinger i norsk rett. Moseloven har også bestemmelser som regulerer det tilfellet at gjerningspersonen ikke har utført voldshandlingen med vilje. Under punkt 3.3.3 behandlet jeg det tilfelle at gjerningspersonen slo til sitt offer med hånden eller dyttet til han slik at han døde. Da var gjerningspersonen bare drapsmann dersom voldsutøvelsen var utført med vilje. I 4. Mosebok 35, 22 flg. er det behandlet situasjoner hvor gjerningspersonen ikke har handlet med vilje:

”Men så kan det hende at noen brått støter til en mann uten fiendskap eller kaster noe på ham uten ond hensikt. Eller kanskje han ikke ser den andre og treffer ham med en stein som er stor nok til å drepe med, så han dør, enda mannen ikke var hans fiende og ikke ville ham noe vondt.”

⁵⁴ Andenæs 2004, side 233

⁵⁵ 5 Mos. 19, 11

⁵⁶ Se punkt 4.3.3

I dette tilfellet har altså gjerningspersonen utøvd vold mot sitt offer, men fordi han ikke var klar over hva han gjorde ble han ikke betraktet som drapsmann. Han kunne da flykte til en av byene og få beskyttelse der. Et annet eksempel på ufrivillig drap er bestemmelsen i 5. Mosebok 19, 4 om to naboer som gikk i skogen for å hogge tømmer:

”Når noen dreper en landsmann av vanvare og uten å ha båret nag til ham før, som når en går sammen med sin nabo ut i skogen for å hogge tømmer, og han svinger øksen for å felle et tre, men øksen farer av skaftet og treffer naboen så han dør, da kan mannen flykte til en av disse byene og berge livet.”

Her anvendes begrepet ”vanvare” for å betegne den handling som ga gjerningspersonen rett til asyl. Når noe gjøres i vanvare er man ikke klar over hva man gjør. Det er det samme som ligger i det moderne juridiske begrepet ubevisst uaktsomhet. I Vulgata er ordet *nesciens* brukt, som betyr ”ikke vitende”. I Numas lov er *sciens*, som betyr vitende, brukt for å betegne den forsettelige handlingen.⁵⁷ I bestemmelsen er det også presisert at asylrett forutsatte at gjerningspersonen ikke hadde båret nag til sitt offer. Deretter gis det et eksempel på en ufrivillig drapshandling. Det essensielle er at øksa glipper ut av hånden slik at gjerningspersonen ikke slår med øksa mot sitt offer. Gjerningspersonen er uvitende om at den vil treffe offeret.⁵⁸ En lignende bestemmelse finnes i 2. Mosebok 21, 13:

”Men hvis han ikke har stått mannen etter livet, og det er Gud som har latt ham falle for hans hånd, da vil jeg fastsette et sted han kan ty til.”

I denne bestemmelsen er det ufrivillige beskrevet som Jahves verk; altså slik at gjerningspersonen ikke var noe å bebreide. *Act of God* brukes ofte i moderne rett for å betegne det hendelige uhell.

3.3.5 Forsømmelse

Det karakteristiske for det femte bud og de rettsregler som definerte hva slags handlinger som ga asylrett, var at gjerningspersonen ufrivillig hadde utført en handling, slått, kastet eller dyttet til sitt offer. Moseloven inneholder også bestemmelser som regulerer den situasjon at gjerningspersonen kan bebreides at han ikke handlet. I 2. Mosebok står at når en okse stanger i hjel en person skulle oxen drepes, mens eieren slapp straff. Det var altså ”gjerningspersonen” som skulle drepes, og eieren slapp straff fordi han ikke var å bebreide. Men eieren måtte dø dersom:

⁵⁷ Numas lov kommer jeg tilbake til i 4.3

⁵⁸ Eksempelen om de to som hugger i skogen finner vi igjen i Gulatingsloven 169, i skånske lov kap 99 og i Danske og Norske lov som eksempler på vådesgjerning

”oksen var olm på forhånd, og eieren ikke passet på den, enda han var blitt advart, og den så dreper en mann eller kvinne, da skal oxen steines, og også eieren skal dø.”⁵⁹

En tilsvarende regel finnes i 2. Mosebok 21, 33-35 om en mann som lar en brønn:

”stå åpen, eller graver en brønn uten å dekke den til, og en okse eller et esel faller ned i den, da skal den som eier brønnen, gi vederlag; han skal gi penger til den som eide dyret, men det døde dyret skal være hans.”

Det karakteristiske for disse reglene er at gjerningspersonen ikke blir bebreidet for sin handling, men for at han ikke har handlet for å fjerne risikomomentet. Situasjonen tilsvarer ubevisst uaktsomhet i gjeldende rett.

3.4 Sammenfatning

Aristoteles foretok vitenskapelige analyser av det menneskelige handlingsliv. I Moseloven finnes en usystematisert samling av regler som beskriver blant annet handlinger som fører til et annet menneskes død. Enkeltregler viser likevel at jødene tillia gjerningspersonens subjektive forhold betydning. Et hovedformål med reglene var å beskrive de handlinger som ga rett til asyl og de som måtte sones med døden. Dette førte til sondringen mellom de handlinger som var begått med ond vilje og handlinger begått i vanvare.

Enkeltreglene i Moseloven ble brukt som eksempler i senere lovgivning. Dette kommer jeg tilbake til. Her skal jeg bare nevne at eksempelet om øksa som glapp, kom inn i norsk rett og var gjeldende norsk rett helt frem til kriminalloven av 1842.⁶⁰ Eksemplet fantes i NL 6-11-3. Lasson skrev i 1850 at selv om artikkelen var opphevet, var dens grunnsetningen fortsatt gjeldende.⁶¹ Dette viser de lange linjer i rettsutviklingen.

⁵⁹ 2. Mos. 21, 28-30

⁶⁰ Se punkt 10

⁶¹ Lasson 1850, side 19

4 Den eldste, arkaiske romerrett

4.1 Rettskildene

Romerretten spenner over et tidsrom på over 1000 år. Etter tradisjonen ble Rom grunnlagt i år 753 før vår tidsregning, og vestriket gikk under i 476 etter vår tidsregning. I løpet av dette tidsrommet utviklet romerretten seg fra å være en rett for byen Rom, til å bli retten for et verdens rike. Med sikte på mitt emne finner jeg det hensiktsmessig å dele den romerske retten inn i en eldre og yngre periode.⁶² Det skyldes at den eldste periode, som går frem til ca 100 før vår tidsregning, ikke skiller seg vesentlig fra andre eldre arkaiske rettssystemer. I den yngre perioden kom de romerske jurister som bearbeidet retten vitenskapelig.

Den eldre periode begynte med at romerne ble styrt av konger som ga lover av samme type som Moseloven. Av særlig betydning for mitt emne er loven som kong Numa skal ha gitt. Denne inneholder, som jeg kommer tilbake til i punkt 4.3, en drapsbestemmelse som introduserte skyldbegrepene *sciens* og *dolus*. Romerretten ble avsluttet ved at keiser Justinian ga ut Corpus juris civilis i 529 etter vår tidsregning. Verket var stort og uoversiktlig og fikk derfor liten betydning for samtiden. På 1000 tallet ble verket imidlertid gjenstand for vitenskapelig behandling, og ble sammen med kanonisk rett grunnleggende for utviklingen av den europeiske rettskulturen.

Romerne ble ikke noen store lovgivere. I republikken ble rettsutviklingen overlatt til pretor og juristene, men noen lover ble gitt. Av særlig viktighet for den eldste tid var tolvtableloven som er fra ca 450 før vår tidsregning. Den inneholder blant annet bestemmelser om hva vi ville betegne som legemsbeskadigelse og drap. En annen sentral lov for mitt emne er Lex Aquila fra ca 280 før vår tidsregning. Den har dannet mye av grunnlaget for *culpa* som skyldbegrep i moderne rett. Men i Lex Aquila finnes ikke culpabegrepet. Sanksjonene ble knyttet til begrepet *injuria* som innebærer en rettsstridig handling. *Culpa* som rettslig term kom først med juristene i den yngre periode.

Da republikken ble innført i 509 før vår tidsregning, gikk kongens myndighet (*imperium*) over på to konsuler, som ble valgt for ett år av gangen. Romerne hadde også folkeforsamlinger. I den eldste tid var comitia centuriata den viktigste. Den hadde lovgivende myndighet. Lovene ble gitt etter forslag fra en av konsulene og loven fikk navn etter den som kom med forslaget. Senere, ved Lex Hortensia som kom i 287 før vår tidsregning, fikk også plebeierforsamlingen, concilium

⁶² Tamm 1980, side 16

plebis, lovgivende myndighet. Senatet hadde i den eldste tid stor innflytelse ved at alle forslag konsulene la frem for folkeforsamlingen normalt var anbefalt av senatet. Lex Aquila har således fått sitt navn etter allmuetriksen Aquilius, som fikk vedtatt loven i concilium plebis.

Som nevnt i innledningen var rettskildene i den eldste tid lover. Det er kun ordlyden som er bevart. Det finnes ikke rettsavgjørelser eller andre rettskilder som viser hvordan lovene ble tolket. Vi er derfor henvist til å finne innholdet ved å tolke lovens ordlyd. Et særlig problem er at moderne rett har overtatt mange av romernes rettsbegreper. Det gjelder blant annet begrepene *dolus*, *culpa* og *casus*. Tolkningen må derfor ta utgangspunkt etter den ordlyd begrepene hadde i samtiden.

4.2 Rettshåndhevelsen

Det romerske samfunnet var bygget opp omkring familien, med det eldste mannlige medlem som leder. Han ble kalt *pater familias* og hadde det fulle juridiske herredømmet (*potestas*) over familiens medlemmer. I følge tolvtableloven hadde *pater familias* rett til å straffe sine undersåtter med døden. Det er sannsynlig at rettshåndhevelsen mellom slektene opprinnelig var basert på selvhjelp og hevn, men ifølge tolvtableloven var adgangen til selvhjelp regulert.

Romerne sondret mellom hva vi ville betegne for strafferett og erstatningsrett, men inndelingen var ikke den samme som vår. Drap (*parricidium*) og forbrytelser mot staten (*perduellio*) hørte under det offentlige.⁶³ Straffeprosessen skal ha oppstått ved at den som var dømt til døden kunne kreve sin sak inn for folkeforsamlingen ved *provocatio ad populum*.⁶⁴ Senere i republikken ble det opprettet straffedomstoler med jury (kvæsjonsprosessen).⁶⁵ Andre krenkelser som legemsbeskadigelse, skadeverk og tyveri måtte den enkelte selv håndheve ved å stevne motparten for pretor.⁶⁶

4.3 Kong Numas lov

4.3.1 Kong Numa Pompilius

Den eldste bestemmelsen om drap er gitt av kong Numa Pompilius. Han skal etter tradisjonen ha vært den andre kongen etter Romulus. Numa skal ha ordnet religionsvesenet og ha gitt lover. Det var religiøse lover av samme type som dem Moses hadde gitt. Rett og religion var blandet sammen og kongen kunne i kraft av sitt *imperium* straffe borgerne. Romerne var et sterkt religiøst

⁶³ Drachmann 1962, side 41. Tamm 1980, side 161 mener at drap først kom under det offentlig i tolvtableloven.

⁶⁴ Drachmann 1962, side 53

⁶⁵ Drachmann 1962, side 56 flg. Navnet kom av quaestio som betyr å undersøke.

⁶⁶ Tamm 1980, side 161

folk som fryktet gudenes hevn. Gudene måtte blidgjøres ved ofringer og dersom en borger hadde gjort noe som gudene mislikte sterkt, måtte gjerningspersonen ofres:

”It is a readily accepted article of primitive faith that the evil thing must be put away from amongst us, if the nation is to escape from being involved in guilt.”⁶⁷

Loven er ikke bevart, men den er beskrevet i andre verker, og skal ha hatt denne ordlyd:

”Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit parricida esto”.⁶⁸
(Dersom noen dreper et fritt menneske svikaktig og med vitende, la det være parricidium)⁶⁹

Sitatet forekommer i forbindelse med at Festus forklarer *parricidii questores* som er et av de bevarte fragmenter fra tolvtafleloven. Det er betegnelsen på de som skulle oppnevnes for å undersøke *parricidium*, og Festus sier at det ble gjort i saker om dødsstraff, og så sier han:

“Nam parricida non utique is qui parentem occidisset, dicebatur, sed quelcumque hominem indemnatum”
(For parricidia sies ikke bare å foreligge når noen har drept sine foreldre, men enhver mann som ikke er dømt)

Formålet med Numas lov må ha vært å utvide kretsen av dem som skulle straffes for drap, men det er usikkert hvem som opprinnelig var omfattet. Det er også usikkert hva som opprinnelig lå i *parricidia*. Strachan-Davidson konkluderer med at *parricidia* opprinnelig stod i motsetning til det å drepe noen utenfor jurisdiksjonen til *pater familias*:

”Though the previous boundary-line of *parricidium* is unknown to us, the uncertainty vanishes with Numa’s law. Henceforth it includes the wilful slaying of any free man, whether fellow tribesman or stranger, citizen or alien. The punishment is not defined by Numa, so we may naturally suppose that it was the normal capital punishment of beheading.”⁷⁰

4.3.2 Gjerningsbeskrivelsen

Bak siste del av *parricidium* skjuler seg verbet *caedere* som betyr å stikke, skjære, slakte, og som også kan oversettes med vårt drepe. Det objektive beskrives altså ved hjelp av et verb som

⁶⁷ Strachan-Davidson 1969, side 1

⁶⁸ Lovens ordlyd er referert hos Festus. Det følgende er hentet fra Strachan-Davidson 1969, side 21-22

⁶⁹ Hva som nærmere lå i parricidium er det uenighet om blant vitenskapsmenn. Jeg har oversatt det med mord, jfr Strachan-Davidson som mener at parricidium betyr ”foul-killing”, ”murder”

⁷⁰ Strachan-Davidson 1969, side 23

innebærer voldsutøvelse og handlinger som etter naturens orden kunne drepe et menneske. Det er samme ord som er benyttet i det femte bud. Da bibelen i 390 etter vår tidsregning ble oversatt til latin, het det *non ocides*.⁷¹

4.3.3 Dolus og sciens

Etter Numas lov var ikke direkte voldsutøvelse tilstrekkelig. For at drapet på en enhver fri mann skulle likestilles med *parricidium*, krevdes at slaget var utført *sciens dolus*. Av disse ord betyr *dolus* ”list”, ”listig plan”, ”svik” og ”intrige”. Det var samme ord romerne brukte for svik i privatretten. Dette viser at allerede i den eldste romerretten opererte man med et sinnelagsetisk skyldkrav. *Dolus* peker i retning av vårt overlegg og vilje; altså en målrettet vilje eller hensikt. Det er også et element av at drapet måtte være utført på en svikaktig måte, for eksempel overfall om natten eller ildspåsettelse. Det doløse drapet hadde mye til felles med det som i germansk rett ble betegnet for mord, at drapet var blitt begått i hemmelighet. I Numas lov nevnes også *sciens*. Det kan oversettes med vitende, ha kjennskap til. Det peker hen mot at gjerningspersonen måtte være inneforstått med hva han gjorde. Sammenfatningsvis kan skyldkravet i Numas lov betegnes som ”bevidst svig”.⁷²

4.4 Tolvtavleloven

4.4.1 Rettskilden

Tolvtavleloven ble gitt i år 450 før vår tidsregning. Loven var et resultat av klassestriden mellom patrisierne og plebeierne. På dette tidspunktet ble retten håndhevet av patrisierne, og plebeierne ville ha skrevne lover. Etter tradisjonen ble det valgt ti menn som skal ha reist til Aten og studert Solons lov, men dette er usikkert.⁷³ Tavlene var slått opp på Forum romanum. Da Gallerne herjet Rom i 390, skal tavlene ha blitt ødelagt. Loven er bare bevart i fragmenter, men det finnes så mange referater i andre verker at det har vært mulig å rekonstruere den.⁷⁴

4.4.2 Legemskrenkelser

Reglene i tolvtavleloven er formulert i korte setninger slik som de ti bud i Moseloven. Jeg skal se på reglene om hva vi ville kalle legemskrenkelser. De hørte til privatstrafferetten. Som nevnt i

⁷¹ Om Vulgata se punkt 3.1

⁷² Waaben 1973, side 6

⁷³ Om tolvtavleloven, se Nicholas 1962, side 14 flg.

⁷⁴ Jeg har brukt Biblioteca Augustana, der fragmentene er referert og det er vist til kildene sitatene er hentet fra.

punkt 4.2 var adgangen til selvhjelp regulert. Den krenkte måtte gå rettens vei. Eneste bestemmelse som hjemlet selvhjelp lød:

”Si nox furtum sit, si im occisit, iure esto”⁷⁵
(Dersom en mann begår tyveri om natten, og blir slått i hjel, la det være rettmessig)⁷⁶

Innholdsmessig er bestemmelsene det vi ville kalle strafferettslige.⁷⁷ De tok ikke sikte på å kompensere et tap, men å gi skadelidte oppreisning. Det er ikke nevnt noe krav om subjektive forhold hos skadevolder:

”si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto.”
(Dersom han har ødelagt et lem, og det ikke blir forlik, la det være *talio*)
“manu fustive si os fregit libero, CCC assium, si servo, CL assium poenam subito”
(Dersom han har brukket et ben ved hånden eller ved en kjepp, la han betale 300 ass dersom han er en fri mann og 150 ass hvis han er en slave)

”si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae asses sunt”⁷⁸
(Dersom en har krenket, la straffen være 25 ass)

Den første av bestemmelsene regulerer grov legemsskade.⁷⁹ Den krenkte måtte selv anlegge sak for å få slått fast at saksøkte hadde forårsaket grov legemsskade, og først hvis partene ikke ble enige om et oppgjør, kunne den krenkte tilføye samme skade (*talio*). For mindre alvorlige skader var den krenkte forpliktet til å ta i mot lovens kompensasjon, som var 300 asses for et brukket ben eller arm hvis den skadde var en fri mann, og 150 asses dersom han var en slave. Ved mindre alvorlige krenkelser var straffen 25 asses.

4.4.3 Drap i tolvtafleloven

Numas lov om *parricidium* skal ha blitt tatt med i tolvtafleloven. Blant fragmentene finnes *questores parricidii*⁸⁰ og *dolo malo*.⁸¹ I Numas lov er *dolus* brukt for å beskrive skyldelementet sammen *sciens*. Her er *dolus* presisert ved hjelp av *malus*. Det er et adjektiv som betyr ond. *Dolo malo* innebærer at drapet måtte være utført med et svikaktig og ondt sinnelag. Det peker mot hensiktsforsett i moderne rett. I den klassiske perioden ble *dolo malo* den alminnelige betegnelsen på skyldkravet.

⁷⁵ Tavle VIII, punkt 12 i Augustana

⁷⁶ Nicholas 1962, side 16

⁷⁷ Nicholas 1962, side 209

⁷⁸ Fra Augustana, tabula VIII. Se også Tamm 1980, side 179

⁷⁹ Nicholas 1962, side 209

⁸⁰ Augustana, Tavle IX, 4.

⁸¹ Augustana, Usikker plassering, 4.

Tolvtableloven inneholdt også en straffebestemmelse om det vi ville kalle uaktsomt drap. Et av de fragmentene av tolvtableloven som er bevart lyder:

”si telum manu fugit magis qua icecit”⁸²
(hvis et våpen mer flyr ut av handa enn kaste)

Bestemmelsen har mye til felles med eksemplet i Moseloven om øksa som glapp ut av hånden under hogst.⁸³ Det sentrale er at gjerningspersonen ikke med vitende og vilje brukte våpenet mot et annet menneske. Mens den som drepte *dolo malo* måtte ofres til gudene, måtte den som mistet øksa ofre en geitebukk. Dette betyr at den eldste romerretten sondret mellom *dolus* og det som i klassisk tid ble *culpa*. Men noe nærmere definisjon av *culpa* forelå ikke på dette tidspunktet. Det sentrale må ha vært at gjerningspersonen hadde forårsaket en annens død, og det krevde en ofring.⁸⁴

4.5 Lex Aquila

4.5.1 Rettskilden

Ca 286 før vår tidsregning ble, som nevnt ovenfor Lex Aquila vedtatt etter initiativ av en allmuetribe ved navn Aquilius. Lex Aquila har dannet grunnlaget for den europeiske erstatningsrett, men begrepet *culpa* finnes ikke i loven. Culpabegrepet ble utviklet av juristene først i den neste periode.⁸⁵ Det er lovens første og tredje kapittel som har interesse for mitt emne.⁸⁶ Bestemmelsene regulerte det vi ville betegne som skadeverk, men fordi romerne betegnet slaveene som ting, inkluderte loven også drap på slaver. De aktuelle bestemmelsene hadde denne ordlyd:

”Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria ociderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.”⁸⁷
(Hvis noen rettstridig (*injuria*) dreper (*occiderit*) en slave eller tjenestejente som tilhører en annen, eller et dyr med fire føtter som tilhører kveget, la han betale eieren eiendelens høyeste verdi i løpet av foregående år)

Si quis alteri damnum faxit (= fecerit), quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus trigenta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

⁸² Augustana tabela VIII, 24a

⁸³ Se punkt 3.3.4

⁸⁴ Se sitat fra Strachan-Davidson 1969, punkt 4.3.2

⁸⁵ Se punkt 5.4

⁸⁶ Gaius behandler loven i 3.210 – 225. Gaius skrev sin kommentar ca 160 etter vår tidsregning, slik at hans fremstilling hører til den klassiske perioden. Se nærmere punkt 5.2

⁸⁷ Se Tamm 1980, side 165 - 166

(I tilfelle av at noen skader andre ting, bortsett fra slaver og kveg, rettsstridig ved å brenne, bryte eller rive i stykker (*usserit, fregerit, ruperit*), la han betale eieren tapet ved hva tingen ville ha vært verd i løpet av de siste 30 dager)

4.5.2 Injuria

Forskjellen mellom første og tredje ledd refererer seg til hvilket objekt som er skadet. I første kapittel var det tale om fireføtters dyr og slaver, mens andre kapittel gjaldt skader på alle andre slags ting. Som i tolvtafleloven er det ikke formulert noe subjektivt krav. Det som krevdes var gjerningspersonen måtte ha utført en handling som kunne henføres under en av gjerningsbeskrivelsene. Det generelle begrep som ble brukt er *injuria*. Det betegnet i utgangspunktet enhver rettstridig handling, og i fortsettelsen er de erstatningsbetingende handlinger nærmere presisert.

I første kapittel var gjerningen beskrevet ved hjelp av verbet *occidere* som innebar det å stikke, skjære eller slakte. Det er samme verb som er brukt i Numas lov.⁸⁸ Det må sees på bakgrunn av at objektene i første kapittel var levende. For å få erstatning måtte gjerningspersonen aktivt ha utøvd vold som resulterte i at slaven eller dyret døde. I tredje kapittel som gjaldt ting er gjerningen beskrevet ved verbene *urere* som betyr å brenne, *frangere* som betyr bryte, brette, knekke, slå i stykker eller knuse eller *ruperit* som betyr bryte, slite, rive i stykker eller sprengte. Fellesnevneren for gjerningsbeskrivelsene i Lex Aquila er altså direkte voldsutøvelse mot objektene. Selv om Lex Aquila ikke inneholdt noe subjektivt vilkår slik som Numas lov, er det tale om hensynsløs opptreden slik at bebreidelsen lå i handlingen. Gjerningspersonen ble holdt ansvarlig for handlingens naturlige følger, uten at det som i moderne rett ble krevd at han innså følgen som sannsynlig. Den ansvarlige måtte erstatte tingens høyeste verdi løpet av de siste 30 dager. I prinsippet var det erstatningsutmåling på samme måte som i moderne rett.

4.6 Sammenfatning

I romerretten fantes det fra den eldste tid en sontring mellom lovlig og ulovlige handlinger, og i den rettslige bedømmelsen av de ulovlige handlinger ble det vektlagt om den var utført med vitende og vilje eller ikke. Sontringen kom opp som følge av at saker om drap som var utført med et svikaktig og ondt sinnelag (*dolo malo*), hørte under det offentlige. I den arkaiske perioden ble ikke *culpa* formulert som et skyldbegrep. Lex Aquila brukte *injuria*, som beskriver handlingen. I det neste kapittelet skal jeg fremstille hvordan de romerske juristene utviklet culpabegrepet.

⁸⁸ Se punkt 4.3.2

5 Den yngre romerrett

5.1 Rettskildene

I den eldste romerretten var rettskildene for straff og erstatning lover vedtatt av folkeforsamlingen. Utover i republikken kom det nye rettskilder. Den som ønsket å anlegge sak etter Lex Aquila måtte gå til pretor for å be om *actio legis Aquila*. Dette var et søksmål som var basert strengt på lovens ordlyd. Ved Lex Aebutia, fra ca 130 før vår tidsregning, ble *legis actions* prosessen erstattet av formularprosessen. Dette førte til at pretor fikk utvidet myndighet til å utvikle retten. Gjennom instruksene til *judex* kunne han beordre innskrenkende, utvidende og analogisk anvendelse av loven. Han kunne også gi helt nye søksmål som ikke støttet seg på eksisterende lov. På den måten vokste det frem et eget rettsystem, *jus pretorium* ved siden av den tradisjonelle *jus civile*. Mot slutten av republikken kom det også nye straffelover. Jeg skal ta for meg Leges Corneliae som kom i 82 før vår tidsregning.

I keisertiden mistet etter hvert pretor sin rettskapende myndighet og i år 126/7 i vår tidsregning ble pretors edikt over søksmål endelig revidert av keiser Hadrian. Romerrettens første liv ble avsluttet ved at keiser Justinian i tidsrommet 529-534 ga ut Corpus juris civilis. Kodifikasjonen bestod av Codex som inneholdt keiserlover, Digestene som inneholdt utskrift fra de autoriserte juristers verker og Institutiones som var en lærebok som bygget mye på Gaius Institutiones. Dermed stod keiserens autoritet bak både sitatene fra juristenes verker og lærebøkene, slik at de fikk lovskraft.

5.2 Fra injuria til dolus, culpa og casus

Lex Aquila brukte *injuria* om handlinger som førte til erstatningsplikt. Juristene definerte *injuria* som enten *dolus* eller *culpa* i motsetning til *casus*. Hos Gaius heter det således:

”Man regner at en person rettstridig dreper når han gjør det ved *dolus* eller *culpa*. Men det er ikke noen lov som setter straff for skade som er voldt uten rettstridighet. Og derfor straffer man ikke den person som uten *culpa* og *dolus malus* begår en skadegjørende handling ved et tilfelle (*casu*).”⁸⁹

Med dette som utgangspunkt tok juristene for seg begrepene *dolus*, *culpa* og *casus*. *Culpa* ble avgrenset både mot *dolus* og *casus*. I tillegg kom det opp en sontring mellom *culpa lata* og *culpa levis*. Jeg skal i det følgende gjøre rede for begrepene *dolus*, *culpa* og *casus*.⁹⁰

⁸⁹ Gaius 3, 211

⁹⁰ Det følgende bygger på Cavallin 1999, side 157 - 158 og 410 - 415

5.3 Dolus

5.3.1 Legis Corneliae de sicariis et veneficis

Selv om det var pretor og juristene som hadde hovedansvaret for å utvikle retten, ble det i denne perioden gitt viktige straffelover. Mot slutten av republikken kom det lover som opprettet egne straffedomstoler for bestemte forbrytelser. Sulla reviderte strafferetten gjennom blant annet *Leges Cornelia de sicariis et veneficis*, som han fikk vedtatt i år 82 før vår tidsregning. Loven opprettet en domstol for snikmord.⁹¹ Den rettet seg mot den som drepte et menneske (*qui hominem occiderit*):

“cuiusve dolo malo incendium factum erit”
(som enten fremkaller brann med bevisst svik)

”quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit”⁹²
(eller som vandrer rundt i smug med våpen for å drepe mennesker)

Et eksempel er saken mot Roscius. Han ble stukket ned og drept om natten på vei hjem fra fest og hans sønn ble anklaget for mordet. Det var Cicero som forsvarte Roscius og saken er kjent gjennom hans skrifter.⁹³

Gjerningsbeskrivelsen *occidere* er den samme som ble brukt i Numas lov og i Lex Aquila. Gjerningspersonen måtte ha stukket, skåret eller slaktet offeret sitt, altså en umiddelbar voldelig handling. Juristen Ulpian tolket *occidere* i sin kommentar til pretors edikt:

”Occisum autem accipere debemus, sive gladio sive etiam fuste vel alio telo vel manibus (si forte strangulavit) vel calce petiit vel qualiter qualiter”⁹⁴
(slaven er drept, hva enten han ble angrepet med et sverd, med en stokk eller et annet våpen eller med nevene (hvis han nemlig kvalte ham) eller med helen eller med hodet eller noe annet)

Loven inneholdt også et subjektivt krav: *dolo malo*. Det er det samme som skal ha blitt brukt i tolvtafleloven, og som innebærer at drapet var utført med svikaktig og ondt sinnelag. Navnet på domstolen; ”snikmorddomstolen” peker også hen mot den bevisste svikaktige atferd. Cicero forklarte *dolus malus* med det å ha ett ærend, men late som man har et annet.⁹⁵

⁹¹ Sica betyr egentlig dolk og sicarius snikmorder eller banditt.

⁹² Loven er sitert etter Digestene 48.8.1

⁹³ Se Ciceros taler side 23

⁹⁴ Se Dig. 9.2.7. Se Tamm 1980, side 169

⁹⁵ ”Dolus malus est cum aliud agitur, aliud similatur”

Leges Cornelia er nevnt i Digestene og der er det uttrykkelig presisert at *culpa lata* ikke var tilstrekkelig for en domfellelse.⁹⁶ Jeg kommer tilbake til *culpa lata*, men det som skal understrekes her, er at for å bli dømt etter Lex Cornelia krevdes det vi ville betegne som hensiktsforsett, mens det vi ville betegne som sannsynlighetsforsett ikke var tilstrekkelig. Cavallin presiserer at:

”med begreppet *dolus sciens* markera att man i dessa fall endast accepterade ett *specifikt* och kvalificerat uppsåt, ett slags *specific intent* til skillnad från *basic intent* i form av *culpa lata*.”⁹⁷

I tillegg til domstolen som tok seg av snikmord opprettet Sulla en domstol for drap begått ved hjelp av gift:

“qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit”⁹⁸
(den som gir gift for å drepe et menneske)

Det å gi gift var en handling som falt utenfor gjerningsbeskrivelsen i loven mot snikmord, fordi det å gi gift ikke innebar en umiddelbar voldsutøvelse. I loven er brukt *necare* for å beskrive gjerningen, som generelt betyr å drepe. Vilåret var at gjerningspersonen selv måtte gi giften til offeret. Det subjektive kravet er beskrevet ved at gjerningspersonen måtte ha gitt giften i hensikt få drepe (*necandi causa*).

5.3.2 Dolus malus i tyveri

Blant deliktene var også tyveri. Det romerske tyveribegrepet favnet videre enn det moderne tyveribegrep. Tyveri var enhver uberettiget bruk eller tilegnelse av en annens ting. Bak begrepet *furtum* ligger verbet *ferre* som betyr å bære. *Furtum* betyr egentlig det som er båret bort. Forutsetningen var at tingen tilhørte en annen eller at man ikke hadde tillatelse fra eieren til å råde over tingen. Derved oppstod spørsmålet om det forelå tyveri dersom gjerningspersonen trodde han hadde rett til å disponere over tingen. Gaius skriver i sin lærebok:

”Man har dog antatt at de som bruker lånte ting til annet enn det som de har fått låne dem til, bare begår *furtum* hvis de skjønner at de handler mot eierens vilje og at han ikke vilde tillate det hvis han visste om det; men hvis de tror han vilde tillate det, er de

⁹⁶ Dig. 48.8.7 ”neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur”(i denne lov anses ikke stor culpa som dolus)

⁹⁷ Cavallin 1999, side 156

⁹⁸ Dig. 48.8.1

ikke skyldig i furtum. Dette er utvilsomt en god sontring, da man ikke kan begå furtum uten *dolus malus*.”⁹⁹

I denne drøftelsen blir *dolus malus* et spørsmål om innsikt eller kunnskap. Dersom gjerningspersonen var klar over at han ikke var berettiget til å råde over tingen, forelå det tyveri, jfr at Gaius først nevner det tilfellet at vedkommende ”skjønner” at han handler mot eierens tillatelse. I dette tilfellet hadde gjerningspersonen positiv kunnskap (*sciens*) om at han handlet uten tillatelse og var da skyldig i tyveri.¹⁰⁰ Dersom han trodde at han hadde tillatelse, kunne han ikke straffes. Det krevdes altså positiv kunnskap. Tankegangen er den samme som hos Aristoteles når uvitenhet utelukker en frivillig handling og tilsvarer prinsippet i strl § 42.

5.4 Culpa

5.4.1 Culpa lata

I moderne terminologi betyr *culpa* skyld eller uaktsomhet, men det er ikke ordets opprinnelige betydning. Grunnbetydningen var ”feil”; at gjerningspersonen handlet feilaktig etter en gitt standard. De romerske jurister var ikke opptatt av å beskrive gjerningspersonens subjektive forhold, men hans handlemåte. I det følgende skal jeg se nærmere på culpabegrepet og sontringen som kom opp mellom *culpa lata* og *culpa levis*. *Latus* betyr bred eller stor. *Levis* kan bety et lett overfladisk, lettsindig. Sontringen refererer seg til om det er tale om bevisst skadetilføyelse eller ikke. Inn under *culpa lata* falt handlinger som innebar umiddelbar voldsutøvelse, altså typisk slike handlinger som var beskrevet i Lex Aquila.

Som nevnt i punkt 5.3.1 var ikke *culpa lata* tilstrekkelig til å bli etter loven om snikmord. *Culpa lata* utgjorde:

”bred skuld, dvs vanlig (uppsåtlig) skuld eller uppsåt i allmänhet, till skilnad från det speciella uppsåtskravet vid mord.”¹⁰¹

Grensen nedad mot *culpa levis* ble trukket ved hjelp av begrepene *luxuria* og *lascivia*, som begge kan bety tøyleløshet, løssluppen, likegyldighet; altså en ”ytterst allvarlig brist på försiktighet eller en ytterst allvarlig likgiltighet för aktsomhetskravet.”¹⁰² Cavallin siterer Bindings oppsummering:

⁹⁹ Gaius 3, 195

¹⁰⁰ Se Tamm 1980, side 164

¹⁰¹ Cavallin 1999, side 156

¹⁰² Cavallin 1999, side 158

”Unter culpa late fassten die Römer Ergänzungen ihres viel zu engen Dolus-malus-Begriffes zusammen - besonders Falle der luxuria und lascivia, des Übermutes und des Leichtsinns, ganz echte Vorsatzfälle, vereinzelt auch Fälle des von uns so genannten dolus eventualis - und nannten sie nicht schwere Fahrlässigkeit, sondern schwere Schuld.”¹⁰³

5.4.2 Culpa levis

Culpa levis tilsvarende det moderne rettslige begrep ”ubevisst uaktsomhet”.¹⁰⁴ Det har utviklet seg fra *casus* som innebar at skaden hadde inntrådt ved et hendelig uhell. *Casus* har grunnbetydningen tilfelle, hendelse, uhell. Det kunne typisk være at lynet slo ned i den hesten låntageren hadde i sin forvaring. Det sentrale var altså at skaden var skjedd uten at noe menneske hadde hatt innvirkning på hendelsesforløpet. Det er det samme som vi kjenner igjen fra moderne kontraktsrett; *force majeure* eller *act of God*.¹⁰⁵ Skyldformen *culpa levis* utviklet seg fra *casus* ved at personen på en eller annen måte hadde en medvirkende rolle i utfallet. Bebreidelsen ble uttrykt i begrepet *negligentia* som kan bety likegyldig, slurvet, skjodeløs.

De romerske jurister hadde en kasuistisk metode. De løste praktiske tilfeller som ble forelagt dem og ut fra det trakk de en konklusjon. Tamm refererer fra et eksempel i Justinians Institutiones:

”si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si in publicum decidat nec ille proclamavit, ut sacus eius evitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, cum quod a diligente providere potuerit, non esset provisum aut tum denuntiandum esset, cum periculum evitari non possit. secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat. quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transurus sit.”¹⁰⁶

(hvis en som kutter grener av et tre, kaster de ned, eller en som arbeider på et stilas har drept en forbipasserende, hefter han hvis grenene har falt ned på offentlig vei og han ikke på forhånd har advart om dette, slik at ulykken kunne unngås. Men Mucius har bemerket at det også kan anlegges sak vedrørende culpa, når det skjer på privat grunn, og at det foreligger culpa når det ikke er utvist den aktsomhet som ville vært utvist av en omhyggelig person, eller når det først er advart etter at skade er uunngåelig. Etter denne betraktning er det ikke stor forskjell om vedkommende ferdes på offentlig vei eller privat vei, fordi det jo ofte er alminnelig ferdsel på privat vei. Men er det ingen vei, skal han kun stå inne for forsett, slik at han ikke lar grenen falle ned på en han ser

¹⁰³ Cavallin 1999, side 410

¹⁰⁴ Det følgende bygger på Cavallin 1999, side 157 og side 410 flg.

¹⁰⁵ Se punkt 3.3.4

¹⁰⁶ Dig. 9,2,31. Sitert og oversatt etter Tamm 1980, side 173. Eksemplet finnes også Institutiones III, 5

går forbi; man kan ikke forlange at han skal stå inne for uaktsomhet, da han jo ikke har kunnet formode at noen ville passere stedet)

Her bruker juristen Paulus et eksempel med en som kaster grener og det avgjørende for om trekutteren skal bli ansvarlig, er om han burde ha advart forbipasserende før han kastet grenene ned. Og Paulus mener at han burde ha advart forbipasserende dersom grenene ble kastet ned på en offentlig vei. Resonnementet føres uten at selve normen formuleres, men det er *bonus pater familias* som ligger til grunn; altså det som krevdes var at man opptrådte med *diligentia*, som kan bety omhyggelighet, omhu, oppmerksomhet, påpasselighet. Det finnes også en generell formulering av *culpa levis*:

”culpam autem esse, cum quad a diligente providere potuerit, non esset provisum”
(Den er skyldig, den som med forsiktighet kunne ha forutsett det som ikke ble forutsett)¹⁰⁷

Ved *culpa levis* ble oppmerksomheten ikke rettet mot den handlingen som var utført, men mot unnlatsen av å varsle. Bedømmelsen er objektiv. Gjerningspersonen hadde utført en i og for seg rettmessig handling, men under utførelsen hadde han ikke vært så aktsom som han burde. Bebreidelsen lå altså ikke i den handlingen han hadde foretatt, men i en unnlattelse i å foreta forholdsregler, som for eksempel å se seg for. Dette tilsvarer vårt ubevisste uaktsomhet.

5.4.3 Indirekte skadeforvoldelse

Hvilke handlinger som utløste erstatning etter Lex Aquila er positivt regnet opp i loven. Skaden måtte være et resultat av en aktiv handling utført av gjerningspersonen. Utenfor anvendelsesområdet falt indirekte skade. Skader som ikke var påført ved direkte voldsutøvelse falt dermed utenfor lovens ordlyd, og var i utgangspunktet ikke gjenstand for erstatning. Eksempler på slike handlinger var at noen sperret kveg eller slaver inne slik at de døde av sult eller at noen jaget kveg slik at de falt utenfor et stup.¹⁰⁸ Disse eksemplene førte med seg skader for eieren av tingene, men eieren var altså ikke erstatningsberettiget etter loven fordi tingene ikke var skadet ved umiddelbar voldsutøvelse. Dette ble løst ved at pretor i en rekke konkrete tilfeller ga en *actio utilis* og på den måten utvidet anvendelsesområdet.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Dig. 9,2,31 Oversatt etter Cavallin 1999, side 158

¹⁰⁸ Se Gaius, Institutiones 3, 219 og Corpus Juris Civilis Institutiones 4, 3, 16, 1

¹⁰⁹ Tamm 1980, side 168 flg. nevner en rekke eksempler

Av dette utviklet juristene den grunnleggende sonndring mellom skade som var påført ved direkte skadeforvoldelse og indirekte skade. Når skaden var direkte var det verbet *occidere* som ble benyttet. Dersom det var tale om indirekte skade ble formuleringen *mortis causam praestare* brukt. Dette var en mer nøytral formulering for det å forvolde en annens død, uavhengig av på hvilken måte døden ble frembrakt på. Dette illustreres i det kjente jordmoreksempelen i Ulpianus kommentar til ediktet:

”Item si obsterix medicamentum dederit mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit.”

(det samme gjelder dersom en jordmor har gitt medisin til en slave som dør av denne, da sonndrer Labeo mellom de tilfeller at hun har gitt medisinen med egne hender, hvis det er tilfelle har hun drept slaven. Hvis hun derimot har satt frem medisinen slik at slaven selv kunne ta medisinen, skal det gis en actio in factum, og dette er riktig fordi i dette tilfellet har jordmoren mer vært årsak til døden enn at hun har drept slaven)¹¹⁰

Her sies det altså at pretor kunne gi et faktisk søksmål (*actio utilis*) dersom gjerningspersonen ikke hadde gitt giften med egne hender.¹¹¹ På denne måten ble anvendelsesområdet for hvilke handlinger som førte til erstatningsansvar utvidet slik at gjerningspersonen også kunne bli ansvarlig for handlinger som ikke var et resultat av umiddelbar voldsutøvelse.

5.5 Gjerningsbasert skyld

De romerske jurister utviklet således skyldbegreper som for eksempel *dolus malus*, *sciens*, *voluntas*, *ignorantia*, *luxuria* og *lascivia*.¹¹² Men selv om det fantes skyldbegreper, var det ikke tale om en subjektiv skyldform i moderne forstand. Når Andenæs brukte ”subjektiv skyld”, refererte han til et indre subjektivt faktum, i form av vilje eller innsikt hos gjerningspersonen som skulle bevises på prinsipielt samme måte som handlingen.¹¹³ Den romerske skyldlæren bestod ikke av generelle frittstående begrep, men var knyttet til bestemte gjerninger. Ved *culpa lata* lå bebreidelsen i handlingen fordi den viste at gjerningspersonen hadde opptrådt hensynsløst eller likegyldig til offerets skjebne.

At *culpa lata* ikke var en subjektiv skyldform vises av at bebreidelsen skulle utledes av handlingen: *et ex re constituendum hoc*. Det betyr at ”skylden skal vises av handlingen”, og er

¹¹⁰ Dig. 9, 2, 9. Oversatt etter Tamm 1980, side 171

¹¹¹ Se Gaius 3, 219

¹¹² Se Waaben 1973, side 6

¹¹³ Andenæs 2004, side 240

rettsfiguren *dolus ex re*.¹¹⁴ I Digestene finnes et sitat fra Hadrians reskript som illustrer romernes gjerningsbaserte skyld:

”Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admist, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse, sed si clavi percussit aut cuccuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo. Leniendam poenam eus, qui in rixa casu magisquam voluntate homicidium admisit.”¹¹⁵

(Den guddommelige Hadrianus bestemte i sitt reskript, at den som dreper et menneske kan frikjennes dersom han ikke har utført det med et drepende sinn. Den som tar derimot ikke dreper et menneske, men skader det for å drepe skal dømmes for drap: og det skal avgjøres ut fra handlingen: ettersom den som har trukket sverd og gjennomborret ham, har utvilsomt latt det skje med et drepende sinn. Men den som derimot dreper under et heftig slagsmål med en nøkkel eller en gryte, selv om han anvender jern, har ikke (gjort det) med et drepende sinn. Straffen skal dog mildnes for ham som under et heftig slagsmål dreper mer av en tilfeldighet enn med vilje.”

Her sies det først at den som har drept et annet menneske kan frifinnes dersom han ikke har gjort det med vilje. Det uttrykk som brukes er *occidendi animus* som betyr ”et drepende sinn”. Så sies det at den som ikke dreper et menneske, men skader det for å drepe skal dømmes for drap. Så sies at den som har trukket et sverd og gjennomboret sitt offer har gjort det med et drepende sinn (*occidendi animo*). Dette eksempelet settes i motsetning til den som dreper et menneske med en kjepp eller gryte i et heftig (*in rixa*) slagsmål, altså selv om han anvender seg av jernredskap har han ikke hatt drapshensikt (*occidendi animo*). Men også den som drepte i vilt slagsmål skulle straffes, men mildere enn når drapet var skjedd med vilje (*voluntate homicidium*).

5.6 Sammenfatning

Det avgjørende nye i den yngste perioden var fremveksten av jurister som behandlet retten vitenskapelig. Det førte til at culpa ble introdusert som et rettslig begrep. I sitt arbeid med praktiske tilfeller sondret de mellom *culpa levis* og *culpa lata*. *Culpa levis* tilsvarer moderne ubevisst uaktsomhet og *culpa lata* peker hen mot hensynsløse eller sterkt skjødesløse handlinger. I den klassiske romerrett slik den ble nedfelt i Digestene og Institutiones fantes det en vitenskapelig bearbeidelse av skyldbegrepene blant annet dolus og culpa. Men selv om romerne opererte med sinnelagsetiske begreper, var bedømmelsen objektiv. *Dolus* og *culpa* ble ikke betraktet som et indre frittstående element. Det avgjørende for bebreidelsen var en bedømmelse av den ytre handling (*dolus ex re*). I neste kapittel skal jeg behandle kanonisk rett.

¹¹⁴ Cavallin 1999, side 159

¹¹⁵ Cavallin 1999, side 159. Det følgende bygger på Cavallin.

6 Kanonisk rett

6.1 Rettskilder

Da Corpus juris civilis ble gitt, var det vestromerske riket gått under og samlingen fikk liten betydning for samtiden.¹¹⁶ Men på 1100 tallet ble verket gjenoppdaget og gjort til gjenstand for vitenskapelig bearbeiding av glossatorene og postglossatorene. På 1500 tallet ble denne bearbeidede romerretten tatt i bruk som gjeldende rett i det tyske riket. Romerretten skulle få stor betydning for de tyske kriminalister som på 1800 tallet formulerte den moderne skyldlære ved hjelp av begrepene *dolus*, *culpa* og *casus*, som de fant i Corpus juris civilis. Samtidig som keiserriket gikk i oppløsning, vokste den katolske kirken frem, og med en kirkelig rett som påvirket den europeiske rettskultur, også den norske.¹¹⁷ Den mosaiske og romerske retten var et viktig materielt grunnlag for kanonisk rett. Men kanonisk rett supplerte med en ny filosofisk og religiøs overbygging som får store følger for utformingen av skyldbegrepene, og det er i denne form den kanoniske retten påvirket den europeiske strafferettskultur.¹¹⁸

De kanoniske rettskilder var først og fremst de rettsregler som kunne utledes fra bibelen, vedtak på kirkemøter og pавens dekreter. Kanonistene tok også i bruk romerretten som rettskilde. Skyldlæren blir således utviklet ved hjelp av syndsbegrepet med støtte i de skyldbegreper de fant i Corpus juris civilis. Den kanoniske retten ble ca i 1150 samlet av Gratian. Det var et privatarbeid, men det fikk autoritativ kraft. Han samlet vedtak på kirkemøter og pavelover, og han bearbeidet stoffet med sikte på å tolke bort motsetninger. I 1234 ga pave Gregor IX ut et tillegg til Gratians dekret som ble kalt Liber extra. Det er en samling på fem bøker der femte bok handler om straff.

Da kristendommen hadde fått fotfeste, kom det opp et motsetningsforhold mellom kristendommen og filosofien.¹¹⁹ De greske filosofer ble betraktet som hedenske og ble bannlyst. Men etter hvert kom det kristne filosofer som tok for seg de greske filosofer og innordnet deres tanker i den kristne læren. Blant annet var Aristoteles skrifter bevart i det arabiske riket, og derfor ble de tatt i bruk av Augustin og særlig av Thomas Aquinas.¹²⁰ Dette førte til at Aristoteles lære om den frie vilje vant innpass i kanonisk rett. Hos Augustin finnes den kjente setningen om at en handling

¹¹⁶ Det vestromerske riket gikk under 476 etter vår tidsregning og antikkens epoke var over, og tidlig middelalder begynner.

¹¹⁷ Øyrehagen Sunde 2005, side 103

¹¹⁸ Fenger 1977, side 31

¹¹⁹ Stigen 1999, side 203

¹²⁰ Stigen 1999, side 225

ikke er skyldig, med mindre sinnet er skyldig, og hos Thomas Aquinas finnes læren om det frivillige drapet som er tatt etter mønster fra Aristoteles.¹²¹

6.2 Synd og forbrytelse

Det naturlige utgangspunktet for den kanoniske strafferett var de påbud og forbud som fantes i de ti bud, blant annet om drap, tyveri og falske utsagn. Brudd på budene ble betraktet som en alvorlig synd, og måtte dermed også straffes i denne verden.¹²² I læren om synd (*peccatum*) vektla kristendommen det subjektive. Det kommer særlig til uttrykk i det 10. bud når forbudet retter seg mot det å begjære sin nestes hustru. Men selv om tankene i seg selv kunne være syndige, straffet ikke kirken gjerningspersonen før tanken hadde realisert seg i en handling.¹²³ Analogien fra syndsbegrepet førte til en skyldlære:

”which taught that the intentions of the offender must be an essential element in determining guilt or innocence”¹²⁴

Den kanoniske skyldlære sto i kontrast til eldre germansk rett som reagerte på resultatet av handlingen. Forsøksstraff var ukjent i den eldste germanske rett.¹²⁵ Når moderne rett i straffelovens § 50 straffer forsøk er dette kanonisk tankegods. For å illustrere den kanoniske skyldlæreren nevner Brundage som eksempel at hvis en jeg kjøper en øks, er:

“the purchase of the tool is in itself neither good nor bad. But if I buy an axe in order to silence my noisy neighbour once and for all, my murderous intention converts the purchase into a serious sin, even if I fail to follow through and actually never use the axe for anything except chopping firewood.”¹²⁶

I straffeloven § 147a om terror spiller det subjektive samme avgjørende rolle. En i og for seg harmløs handling blir strengt straffet dersom gjerningspersonen handler med det (fullbyrdsels)forsett å begå en terrorhandling.

¹²¹ Se punkt 2.2.3

¹²² Juul 1970, side 70

¹²³ Transcendit fines viluntas, Juul 1970, side 70

¹²⁴ Brundage 1995, side 171

¹²⁵ Skeie 1937, side 85

¹²⁶ Brundage 1995, side 172

6.3 Det syndige sinn

Den første kristne tenker som behandler strafferett var Augustin. Han levde fra 354 til 430 etter vår tidsregning.¹²⁷ Augustin formulerte den kjente setningen ”actus non facit reum, nisi mens sit rea”, som betyr ordrett at en handling ikke er ”skyldig”, med mindre sinnet er skyldig. Det som gjorde sinnet skyldig, var viljen til å handle mot Guds lov. Setningen skriver seg antagelig fra en av Augustins taler over Jakobs brev 5.12, der han skriver ”reus linguam non facit nisi mens rea”.¹²⁸

En annen sentral kristen filosof, som levde fra 1224 - 1274, var Thomas Aquinas. Han forente Aristoteles lære om viljens frihet med den kristne lære.¹²⁹ Som Aristoteles pekte han på forskjellen mellom mennesket og dyr. Dyrene lot seg styre av instinkter, mens mennesket har fri vilje:

”Bare mennesket har fri vilje. Hva beror den på? Menneskets valgfrihet skyldes menneskets intellekt, ... Ved hjelp av fornuften kan mennesket tenke gjennom alternativer og fritt slutte seg til den ene av flere muligheter.”¹³⁰

Dette førte Thomas Aquinas til en lære om det frivillige drap (*homicidium voluntarium*), som tilsvarer Aristoteles lære. Det sentrale hos Thomas Aquinas var at mennesket hadde evne til å vurdere om det skulle utføre handling eller ikke. Dette førte til fokus på gjerningspersonens vilje til å handle urett, og innsikt i at han handlet urett.

6.4 Straff for ulovlige handlinger (res illicitae)

Sentralt i den kanoniske skyldlære var forholdet mellom vilje og handling.¹³¹ Gjerningspersonen hefter således for alle forsettelig utførte ulovlig handlinger. Dette er læren om *versari in re illicita*.¹³² Læren gikk ut på at hvis gjerningspersonen frivillig utførte en handling, heftet han for handlingens naturlige følger (*casus*). Forsettet refererte seg altså til handlingen, og svarer til at i moderne rett hefter gjerningspersonen for slumpetreffet hvis han handlet med hensikt.¹³³

Tilsvarende var det ikke noe krav om at forsettet dekket følgen, den som med vilje til å skade, drepte sitt offer svarte for dødsfølgen. Dette var regelen i Norske lov 6-11-1. Det var først ved

¹²⁷ Sigen 1999, side 255 flg.

¹²⁸ Cavallin 1999, side 105

¹²⁹ Stigen 1999, side 300 flg.

¹³⁰ Stigen 1999, side 302

¹³¹ Se Augustin og Thomas Aquinas i punkt 6.3. Også Gratian la stor vekt på forholdet mellom vilje og handling. Se Plöchl 1955, side 340

¹³² Juul 1970, side 71 og Waaben 1973, side 7

¹³³ Andenæs 2004, side 233

straffeloven av 1902 at dekningsprinsippet ble innført i norsk rett. I engelsk rett er dette fortsatt gjeldende rett. For å bli dømt for murder etter common law, er det tilstrekkelig at gjerningspersonens hensikt var å tilføye *grievous bodily harm*.¹³⁴

6.5 Straff for lovlige handlinger (opus licitum)

Augustin krevde ond vilje for at handlinger skulle kunne straffes. Og Gratian slo fast at gjerningspersonen ikke heftet for hendelige følger av nødvendige eller tillatte handlinger.¹³⁵ Etter hvert kom det en lære om indirekte vilje (*voluntas indirecta*). Gjerningspersonen heftet for en lovlig handling dersom den ikke var utført med så stor omtanke (*sollicitudo*) som situasjonen krevde.¹³⁶ I spørsmålet om en lovlig handling skulle straffes la kanonisk rett også vekt på om handlingen var nyttig eller unyttig.

6.6 Sammenfatning

Det essensielle ved kanonisk rett er at strafferetten ble utviklet med grunnlag i det kristne syndsbegrep. Det førte til en subjektiv bedømmelse av gjerningspersonen. Hovedvekten ble lagt på de tanker som gikk forut for handlingen og som gjorde sinnet skyldig (*mens rea*). Det er således kanonisk rett, og ikke romerretten, som er den primære kilden til det moderne skyldbegrepet.¹³⁷ Men selv om kanonisk rett fokuserte på det skyldige sinn, fantes det ikke noe dekningsprinsipp slik vi har i moderne rett. Kanonistene utviklet også en lære for handlinger som ikke var utført med vond vilje. Det ble lagt vekt på om det var en ulovlig og unødvendig handling. I neste kapittel skal jeg behandle hvordan kanonisk rett påvirket vådesverket i norsk rett.

7 Eldre norsk rett

7.1 Rettskildene

Jeg skal i det følgende se nærmere på straffebestemmelsene i lagtingslovene. Av de fire lagtingslovene, er det bare Gulatingsloven og Frostatingsloven som er bevart.¹³⁸ Opprinnelig var retten sedvane som ble overlevert muntlig. I løpet av 1100 tallet ble den skrevet ned.

¹³⁴ Drapsforbrytelsen i common law er konstruert ut fra *homicidium voluntarium* hos Thomas Aquinas, se Blom-Cooper og Morris 2004, side 25

¹³⁵ Juul 1970, side 71

¹³⁶ Sollicitudo kan bety omhyggelighet

¹³⁷ Cavallin 1999, side 105

¹³⁸ Øyrehagen Sunde 2005, side 47

Gulatingsloven slik den er bevart avspeiler rettstilstanden fra ca 1250, men den inneholder også eldre rettsregler. Av særlig interesse for spørsmålet om skyld er at Gulatingsloven viser strafferetten slik den var før påvirkningen fra den kanoniske retten satte inn for alvor.

Frostatingsloven slik vi kjenner den i dag er skrevet ned ca 1260, og i den er påvirkningen fra kanonisk rett tydelig. Dette skyldes at erkebiskopen hadde sitt sete i Nidaros fra 1152.¹³⁹ Med dette fulgte det personer som var lærde i kanonisk rett. Den samme påvirkningen fikk ikke den eldre Gulatingsloven da den ble revidert i 1163. Dette har ført til at Gulatingsloven har en mer arkaisk utforming og med påvirkning direkte fra Moseloven. I tillegg er den eldre byloven for Nidaros bevart. Også den er skrevet ned slik rettsreglene var på midten av 1200 tallet.

7.2 Rettshåndhevelsen

De eldste opplysninger om germansk rett stammer fra den romerske historieskriveren Tacitus i boken "Germanien". Boka omhandler germanerne og deres levesett rundt år 100 etter vår tidsregning.¹⁴⁰ Samfunnet var bygget opp med ætten som det sentrale element. Det enkelte individ hadde rettsbeskyttelse i kraft av å tilhøre en ætt. Tvister innad i ætten ble løst av ættens eldste. I mangel av noe sentralt organ ble strid mellom ætter løst ved privathevn. Ved drap var det den skade og krenkelse som ætten som sådan var blitt tilført som skulle hevnes. Dette førte til blodhevn som kunne involvere både gjerningspersonen og offerets slekt.¹⁴¹ Kongen sammen med kirken motarbeidet hevnen.¹⁴² Det ble forbudt å ta hevn dersom partene hadde inngått forlik og forbud mot å hevne seg mot andre enn gjerningspersonen. I Magnus Lagabøters Landslov er hevnretten helt avskaffet.

7.3 Likevektsprinsippet som vern om skadeliddes interesser

Når Andenæs karakteriserte eldre rett som primitiv, fremhevet han at den tok utgangspunkt i den tilføyde krenkelse og spurte mindre etter gjerningspersonens subjektive forhold. Dette er riktig, men bare så lenge rettsreglene var et utslag av selvhjelp og hevn. I et slikt system er det lite rom for å nyansere ut fra ut fra subjektive forhold på skadevoldersiden. Det var opp til den krenkte eller hans etterlatte å bestemme om og i tilfelle hvilken hevn som skulle tas. Også mens konge og kirken motarbeidet selvhjelp og hevn, ble det fokusert på skadelidtes interesser. Rettshistorikerne ser dette som et utslag av et likevektsprinsipp. Øyrehagen Sunde fremhever at likevektsprinsippet:

¹³⁹ Øyrehagen Sunde 2005, side 104

¹⁴⁰ Hauge 1996, side 35

¹⁴¹ Tacitus, sitert etter Hauge 1996, side 36

¹⁴² Øyrehagen Sunde, 2005, side 64 flg.

”gjorde det mogleg å oppretta ein rettsorden i det heile. Årsaka er at likevektsprinsippet sikrar skadelidande sine interesser fullt ut, og det var skadelidande som måtte sjå seg tent med å gi avkall på sin rett til sjølvtekt til fordel for ei fredelig konfliktløysing. Fyrst då fredelig konfliktløysing i tilstrekkelig grad hadde fortrengt sjølvtekt og hemn i rettsordenen som konfliktløysingsmodell, var det praktisk mogeleg med ein overgang til eit rettferdideal som tok omsyn til skadevaldersida på lik linje med skadelidande.”¹⁴³

Et eksempel på en regel som baserer seg på likevektsprinsippet er Gulatingsloven X-176 som regulerer den situasjon at en mann firer seg ned i et reip og blir drept. Han var sin egen banemann:

”Men um andre folk firar han ned i reip, då er dei banemannen hans. Kongen skal ikkje ha noko for dette, men dei skal bøta mannebot for han til frendande.”

I bestemmelsen er det ikke stilt krav om at de kunne bebreides. Jeg skal i det følgende vise hvorledes likevektsprinsippet ble erstattet av et rettferdighetsprinsipp som krevde differensiering ut fra forholdene på skadevoldersiden. Til grunn for denne utvikling lå Aristoteles handlingsetikk og rettferdighetsprinsipp. Hans verker fikk en grunnleggende betydning for utviklingen av den moderne straffe- og erstatningsrett:

”Rettslig differensiering vart i europeisk rettshistorie for fyrste gong utvikla av dei romerske juristane i deira *responsum*, svar på juridiske problemstillingar, og kommentar- og lærebøker. Desse juristskriftene, som var samla i ”Digesta”, tok ein til å studera på Gratian si tid. Endå vidare opplevde ein i mellomalderen ein renessanse for den greske filosofien, og det var nettopp gjennom inspirasjon fra gresk filosofi og retorikk at dei romerske juristane hadde utvikla differensiering som rettslig teknikk. Gratian hadde dermed òg tilgang på den opphavlege kjelda til dette juridiske verktøyet, ved siden av den romerske retten der det vart perfeksjonert.”¹⁴⁴

7.3.1 Viljesverk og vådesverk

Eldre germansk rett sondret mellom viljesverk og vådesverk. I følge Skeie var sontringen grunnleggende.¹⁴⁵ Viljesverket var betegnelsen på en frivillig (forsettelig) utført skadegjerning. Dersom offeret døde ble gjerningspersonen fredløs, men han kunne gjenvinne freden ved forlik med den krenkte eller hans etterlatte, og betaling av bot til kongen.¹⁴⁶ Våde betyr fare eller ulykke.¹⁴⁷ Et vådesverk forelå når gjerningspersonen ikke hadde villet skade eller drepe sitt offer. Det omfattet både handlinger som vi ville betegne som straffbare, som erstatningsbetingende og

¹⁴³ Øyrehagen Sunde 2005, side 140.

¹⁴⁴ Øyrehagen Sunde, 2005 side 145.

¹⁴⁵ Skeie 1937, side 71

¹⁴⁶ Skeie 1937, side 42

¹⁴⁷ Skeie 1937, side 71

som rene uhell. Sondringen mellom viljesverk og vådesverk vises ved at det ikke skulle betales bot til kongen for et vådesverk. I Gulatingsloven X-176 om de som firte en annen ned i reip, sies det uttrykkelig at det ikke skulle betales noe til kongen. I Frostatingsloven IV-28 sies det generelt at hvis det blir gjort vådesverk, så har kongen ingenting med det.¹⁴⁸

7.3.2 Gulatingsloven

I Gulatingsloven er ikke begrepet viljesverk brukt. Det samme gjelder i Bjarkøyretten for Nidaros. I Gulatingsloven er det flere bestemmelser som regulerer voldsutøvelse. I G 183 er nevnt det tilfelle at en mann sårer en annen i en flokk. Dersom offeret døde av sårene skulle gjerningspersonen drepes, men dersom offeret levde lenge nok til at det ble skorpe på såret skulle gjerningspersonen betale sårbøter, og bot til kongen. I G 195 er voldselementet beskrevet ved å stikke:

”Stikk ein mann ein annan med staur eller stong eller økseskaft eller spjotskaft, då skal han bøta halv rettsbot til han, men full rettsbot om han fell i koll av det”.

I G 193 er det å skyte med bolt mot en annen regulert:

”Skyt ein mann med bolt etter ein annan og råkar han; då heiter det sår.”

Kast er nevnt i G 192:

”Kastar ein mann på ein annan og råkar han; det heiter sår, i fall han har nokoslag våpen i hendene, men elles slag (drep).”

Disse straffebestemmelsene er av samme type som i Moseloven og Lex Aequila.¹⁴⁹ De inneholder ikke uttrykkelig noe subjektivt krav, men det er tale om direkte voldsutøvelse mot offeret, og det sondres etter om gjerningspersonen brukte våpen eller ikke. Den som brukte våpen måtte betale sårbøter til den skadde, men ikke noe til kongen. I G 98 er brannstiftelse regulert. Det er en skade som ikke nødvendigvis er forårsaket med vilje. Derfor er det i lovteksten tilføyd at gjerningen måtte være utført med ”uvenshand” for å skille det fra vådesverk. Selv om ond vilje ikke med, er de handlinger som beskrives eksempler på forsettelig voldsutøvelse.

I tillegg til vilde voldshandlinger beskriver lagtingslovene situasjoner der en person mister livet (”får bane”). De er innbyrdes ulike. Fellestrekket er at gjerningspersonen ikke skulle betales bot til

¹⁴⁸ Se Skeie 1937, side 71 der den gammelnorske teksten er referert.

¹⁴⁹ Se foran i punkt 3.3.2 og 4.5.2

kongen, men han måtte betale oppreisning til den dreptes etterkommere. Det er det såkalte vådesverket. Et eksempel er G 172:

”Kastar ein mann (noko) ned frå hus eller frå skip eller dit som han ikkje kann sjå, og annanmann får bane av det, (då) skal han bøta mannebot for den drepne til frendane, men kongen skal ikkje ha noko for dette.”

Dette ligner på eksempelet i romerretten om han som kastet greiner ned på veien.¹⁵⁰ Å kaste noe ned fra et hus innebærer i seg selv ikke voldsutøvelse. Bebreidelsen lå i at vedkommende kastet ned uten å se seg for. I G 169 finnes et eksempel som kan være tatt fra bibelen.¹⁵¹ Det gjaldt situasjonen der to menn hugget et tre sammen og ”øksi fer or hendene på den eine, og hin får bane av det.” Slik eksempelet er beskrevet er det ikke gitt om det foreligger en uaktsom handling, og poenget med bestemmelsen er å gi offeret rett til å avgjøre om det skulle kalles vådesverk. I G 175 er det to menn som hugger et tre:

”No hogg (skorar) to menn på eit tre, og treet fell på den eine, då er han halvt sin eigen banemann. Men hin skal bøta halv mannebot; kongen skal ikkje ha noko for dette.”

Eksempelet illustrerer likevektsprinsippet. Fokus er på interessene til skadelidte.

Gjerningspersonen må derfor betale erstatning til de etterlatte uten at det var relevant om han hadde opptrådt uforsiktig, men fordi også den drepte hadde medvirket i situasjonen, slapp gjerningspersonen med halv mannebot. Gulatingsloven regulerer flere situasjoner fra det daglige strev som er løst etter samme prinsipp. I G 173 blir en person drept når et skip blir dradd på land eller satt på sjøen, og når han sammen med andre bærer tømmerstokker. I G 174 er regulert påseiling:

”Sit folk på fiskestadene med snøre ute, og folk sigler på dei, då skal det bøtast mannebot for dei, um nokon får bane av det; kongen skal ikkje ha noko for dette.”

At det skal betales bot til kongen for gjerningen, viser at det er tale om et vådesverk, og det er ikke stilt opp noe krav om uforsiktig seiling for at det måtte betales full mannebot.

7.3.3 Frostatingsloven

I Frostatingsloven, som er fra ca 1260, innledes mannhelgebolken med at en hver landsmann skal være ”fredheilag”, men det finnes ingen definisjon av drap. Forutsetningen må ha vært at

¹⁵⁰ Se punkt 5.4.2

¹⁵¹ Fra 5. Mos. 19, 5

gjerningspersonen hadde utøvd vold. Det vises av ordet ”drap” som hadde betydningen ”slag”.¹⁵² I Frostatingsloven finnes samme type bestemmelser om voldsutøvelse som i Gulatingsloven. I enkelte av bestemmelsene er det tilføyd at handlingen må ha vært utført med vilje. I Frostatingsloven IV-7 heter det:

”om ein mann vert slegen i hel, skal den vera banemann som lyser drapet på seg.”

Tilsvarende i Frostatingsloven IV-9 der det heter ”hoggen i hjel”. Bestemmelsene er formulert generelt, og det er ikke presisert at der er viljesverk. Men det er tale om direkte voldsutøvelse mot et annet menneske med fatalt utfall. I et slikt tilfelle heftet gjerningspersonen i følge kanonisk tankegang for sin ulovlige handlings naturlige følger.¹⁵³ I Frostatingsloven IV-21 er regulert stikking med spydskaft og økseskaft:

”om ein mann med vond vilje stikk ein annan med spydskaft eller økseskaft eller med kva det no er, då skal det vera halv oppreisningsbot om det ikkje kjem ut blod. Men om det kjem ut, då skal det vera sårbøter og sjukepengar og så mange baugar som fastsett er i bot til kongen, og den halve oppreisningsbota fell bort.”

Tilsvarende bestemmelser finnes i Frostatingsloven IV 16 om det tilfelle at en ”skuvar ein mann på elden av vond vilje”, i F IV 17 at en ”skuvar ein mann på sjøen av vond vilje” og i F IV 18 at en ”skuvar ein mann frå seg av vond vilje”. I F IV 19 er regulert all slags kasting med vond vilje. Det essensielle i disse bestemmelsene var at gjerningspersonen hadde utført handlingen med vond vilje, og det ble vektlagt om det kom ut blod eller ikke. Tankegangen må ha vært at bloduttredelse er bevis for kraftig voldsanvendelse. Det fikk som konsekvens at gjerningspersonen måtte betale sårbøter til kongen og oppreisning og erstatning til den skadelidte.

Frostatingsloven regulerer også vådeshandlinger. Eksemplet om de to mennene som feller tre sammen finnes i F IV 27. Der sies det at hvis offeret kan tale og sier at ”den andre for skøytelaus åt”, måtte gjerningspersonen forlate landet. Sammenliknet med bestemmelsen i Gulatingsloven, er presisert at gjerningspersonen måtte ha handlet skjødesløst. Tilsvarende er det i F IV 28 om det å skyte dit skytteren ikke kunne se:

”Om ein mann skyt over et hus eller eit havskip og råkar ein annen mann og folk veit at han handla skøytelaust, eller om den særde kan tale når menn kjem til han, då skal

¹⁵² Se Robberstad 1969, side 376

¹⁵³ Se punkt 6.4

banemennen fara bort med alt sitt; men kvar det enn vert gjort vådeverk, så har kongen ingenting med det.”

7.3.4 Nidingsverk og mord

I tillegg til viljesverket opererte lagtingslovene med ”mord”. Det finnes ingen definisjon av begrepet, men det sentrale var at drapet var blitt begått i skjul. I G 157 er det beskrevet hvordan drapsmannen skulle gå frem for å unngå å bli stemplet som morder. Han måtte lyse drapet i nærmeste hus. Hvis han ikke gjorde det, var han skyldig i mord. Den vanlige straffen for drap var fredløshet. Det innebar at han kunne kjøpe seg tilbake til samfunnet ved å betale bøter, men den adgangen var stengt for en som var funnet skyldig i mord. En annen rettsvirkning av mord var at gjerningspersonen måtte sverge seg fri ved mordsed. Han måtte ha 12 menn til å sverge for seg. I G 177 er nevnt det tilfelle at to menn gikk i skogen og den ene falt utfor fjellet. Dersom han ikke sa fra om ”uferdi si” måtte han nekte med mordsed hvis arvingene beskyldte han for drap. Hadde han lyst på rett måte, kunne han fri seg med seks medsvergere.

Det er noe uklart hva som nærmere lå i begrepet ”mord”, men det hadde noe med det å drepe i skjul å gjøre. Det kunne være den som:

”lumsk og hemmligen bragte nogen af dage, som ikke var i stand til eller forberdt paa at værge sig”.¹⁵⁴

Dette ligger tett opp til den opprinnelige betydningen av romernes *dolus*.¹⁵⁵ Senere fikk mord en videre betydning som også innbefattet andre skjerpande omstendigheter.¹⁵⁶

7.4 Sammenfatning

Så lenge samfunnet var basert på selvhjelp var det den skadelidte eller hans etterkommere som avgjorde om handlingen skulle hevnes. Etter hvert som kirken og kongen regulerte adgangen til hevn kom det etter kanonisk mønster opp en sontring mellom viljesverk og vådesverk. Sondringen viste seg ved at det skulle betales bøter til kongen for viljesverket, mens ved vådesverket var det et oppgjør mellom gjerningspersonen og den krenktes eller hans etterkommere. Oppgjøret var basert på likevektsprinsippet som vektla den skadelidtes interesser.

¹⁵⁴ Se Lassen 1850, side 65, note 2 som viser til Professor Keyers avhandling i Norsk Tidsskrift for videnskap og literatur 1847

¹⁵⁵ Se punkt 5.3

¹⁵⁶ Lassen 1850, side 66

Dette førte til at det måtte betales erstatning for handlinger som vi ville karakterisere som hendelige. I neste kapittel skal jeg behandle norsk rett fra Magnus Lagabøters Landslov til Norske Lov. I denne perioden ble likevektsprinsippet erstattet av prinsippet om rettferdig erstatningsoppgjør.

8 Eldre norsk rett i perioden fra Magnus Lagabøters landslov til Norske Lov

8.1 Magnus Lagabøters Landslov

8.1.1 Rettskilden

Lagtingslovene inneholdt regler som var blitt til delvis gjennom avgjørelser på tinget. Magnus Lagabøters Landslov kom ut i 1274. Den var et resultat av innsatsen til Magnus Lagabøte, Audun Hugleikson, Tore Håkonsson Biskopson og de andre medlemmer av lovkommisjonen som arbeidet på Holmen i Bergen vinteren 1273.¹⁵⁷ Resultatet ble en ny landslov som gjaldt for hele kongeriket. Loven ble satt sammen av forskrifter fra andre gamle norske lover, som rådgiverne mente tjente til konges fordel. De tok også med regler fra fremmed rett. Av lovens utforming kommer det frem at rådgiverne til Magnus Lagabøter hadde kjennskap til kanonisk rett. Den ble samlet og systematisert på samme måte som glossatorene når de arbeidet med den romerske retten. På denne måten ble reglene mer oversiktlige. Reglene bærer preg av påvirkning fra kanonisk rett også i innholdet. Aristoteles lære om det rimelige, slik læren kom til uttrykk i kanonisk rett, finner man igjen i landsloven. Man skulle ikke straffes for det man ikke kunne bebreides.¹⁵⁸

8.1.2 Rettshåndhevelsen

Som nevnt i punkt 7.2 motarbeidet kongen og kirken privatheven. Under Magnus Lagabøter ble den opphevet. Opphevelsen skjedde i en rettarbot fra 1271 og ble senere tatt inn i landsloven.¹⁵⁹ Bestemmelsen finnes i Landsloven IV 16:

¹⁵⁷ Øyrehagen Sunde 2002, side 370

¹⁵⁸ Øyrehagen Sunde 2002, side 373

¹⁵⁹ Skeie 1937, side 119

”Saa er mælt og fast vedtat over det hele land, at om nogen dræper et menneske eller tilføier saadan legemsskade eller gjør noget saadant verk, at han derfor skal late liv eller lemmer, da skal de, som er nærmest, eller de, som først kan naa ham, gripe den mand og føre ham bunden eller lænket til sysselmanden.”

8.1.3 Viljesverk

I Magnus Lagabøters Landslov fra 1274 er sontringen mellom viljesverk og vådesverk ført videre. Loven inneholder ingen generell forklaring på viljesverk, men det fremkommer indirekte ved at gjerningspersonen måtte betale bøter til kongen. Derimot har vådesverket fått en generell formulering i Landsloven IV-14, og der er manglende vilje brukt for å definere vådesverket. I L IV-14.2 er nevnt eksempelet med de to som går i skogen for å felle trær, og den enes øks rammer den andre. I lagtingsloven forklares vådesverket ved at øksa farer ut av hånda. Det er i landsloven blitt at:

”og den enes øks rammer den andene uten dens vilje som holdt i skaftet.”

I L IV 14.4 er nevnt det tilfelle at gjerningspersonen slår etter en og treffer en annen enn den han ville. Dette tilfellet av feiltreff kunne ikke kalles vådesverk; ”ti han vilde gjøre nogen ondt”. Også L IV 22.1 inneholder et sinnelagsetisk skyldkrav. Bestemmelsen regulerer slagsmål, og kongen skulle ha en halv mark sølv dersom:

”nogen stikker til en anden med økseskaft eller spydskaft med hevnende hånd.”

I kapittel 15.1 er knivstikking regulert. Det slås innledningsvis fast at det er forbudt å bære dolk, og den som ”drar kniv mot nogen og ikke rammer” skulle betale full mannebot. Her straffes altså, i samsvar med kanonisk rett, forsøkshandlingen. Dersom gjerningspersonen traff, ble han fredløs. Tilsvarende gjaldt for den som skjøt etter en annen.¹⁶⁰ I bestemmelsen er det ikke uttrykkelig stilt noe krav om ond vilje, men det er tale om ulovlige handlinger som gjerningspersonen i følge kanonisk rett heftet for.¹⁶¹

8.1.4 Vådesverket

Som nevnt i punkt 8.1.3 inneholdt landsloven en generell forklaring av vådesverket. Grensen oppad ble trukket ved hjelp av vilje. Den nedre grensen mot det hendelige uhell er ikke trukket.

¹⁶⁰ Landsloven kap. 15. 4

¹⁶¹ Versari in re illicitis, se punkt 6.4

Det skyldes at Magnus Lagabøters ikke åpner for at erstatningen helt kunne falle bort som følge av omstendigheter med handlingen, men erstatningens størrelse er differensiert ut fra prinsippet om det rettferdige.¹⁶² At kanonisk rett ikke uten videre ga slipp på likevektsprinsippet, er illustrert i Anders Sunesens parafrase over Skånske lov, kapittel 67 hvor han skriver om vådesverk og viljesverk. Sunesen var en dansk erkebiskop som ble født ca 1170 og har antageligvis studert i Bologna og Paris:

”Hvis nogen ikke forsætligt, men hædeligt, tilføyer nogen sår, da skal den sårede ikke desto mindre tage fuld bod, da hans smerte ikke har kunnet lindres ved, at der forelå en hændelse end forsæt til tilføjelsen (af såret), og da der ikke for ham ligger synderlig vægt på, om det snarere er ved en hændelse end med forsæt, at han har lidt overlast. Er det en hændelse, gives der dog gjerningsmanden som følge heraf den fordel, at han i den anledning ikke skal betale noget til kongen eller biskoppen, hvis sag det ikke er at tugte for en uventet hændelse, som intet menneske kan forudse, men snarere at straffe ond vilje, for at ulovlige og uretfærdige handlinger for fremtiden kan forebygges ved frygt for straf.”¹⁶³

I Magnus Lagabøters Landslov er vådesverket behandlet i IV 14.1-3. Det innledes med en generelt formulert sontring mellom:

”de tilfælde, hvor folk utfører noget til sit eget tarv eller yder andre hjælp til nyttige ting, da bør disse vaadeverk bedømmes mildere (meir virdandi) end hine, som ikke skyldes noget nødsfald, men gaaløysa og stort stuttsyn.”

Ifølge Absalon Taranger stammer denne sontringen mellom nyttige og unyttige handlinger fra pave Gregor IX.¹⁶⁴ Etter sontringen mellom nyttige og unyttige handlinger, nevnes først et eksempel på en nyttig handling. Det er igjen eksemplet fra Moseloven om mennene som drar til skogs sammen og den enes øks rammer den andre.¹⁶⁵ I det tilfellet skulle gjerningspersonen betale ”fjerdingsbøter” til den dødes arvinger, men kongen skulle ikke ha noe. Forutsetningen for at det skulle være vådesverk var uttrykkelig at øksa traff offeret uten at gjerningspersonen ville det. Det er altså hva vi ville betegne som et erstatningsoppgjør, og det er ikke stilt opp noe krav om at gjerningspersonen hadde opptrådt uforsiktig.

For andre vådesverk som ikke kunne karakteriseres som nyttige handlinger, måtte gjerningspersonen betale halv bot dersom offeret ble drept, men fortsatt ikke noe til kongen. Eksempler på unyttige handlinger var å ”skyte eller kaste over hus eller skib eller haug eller gjøre

¹⁶² Øyrehagen Sunde 2005, side 153

¹⁶³ Tamm 2005, side 112

¹⁶⁴ Dekretaler lib. V. tit. XII de homicidio voluntario vel casuali (om viljes- eller vaadedrap), se Taranger 1970, side 55

¹⁶⁵ Se punkt 3.3.4

noget andet unyttig”. Slike handlinger ble karakterisert som begått med ”gáleysy ok nikit skammsýni.”¹⁶⁶ Taranger har oversatt med handlinger begått i ”gaaløysa og stort stuttsyn”. I Hallager og Brandts utgave av Christian den fjerdes Norske Lov er formuleringen i landsloven oversatt med at handlingene er begått ”alene av likegyldighet og grov tankeløshed.”¹⁶⁷ Dette er samme begrep som ble brukt i romerretten; *luxuria* som betyr likegyldighet og mangel på *diligentia*, som betyr omhyggelighet, oppmerksomhet og forsiktighet.¹⁶⁸

8.1.5 En lagmannsdom fra 1329

Landsloven åpnet ikke for at retten til erstatning kunne falle helt bort som følge av omstendigheter ved handlingen, men i ML IV 18 var det gitt anvisning på at dommeren skulle utøve et rimelig skjønn. Det gjorde lagmannen i en sak fra 1329. Olaf karl hadde fraktet moren til Romund og Ottar på hest over en elv, hvor hun falt i vannet og døde. Brødrene reiste sak mot Olaf karl og anførte at morens død skyldtes Olaf karls ”uaktsomhet og uforsiktighet”. Olaf karl imøtegikk dette med at han hadde bevis med ”svoren ed” på at det heller skjedde på grunn av uheldige omstendigheter enn på grunn av ”uaktsomhet og uforsiktighet”. Etter å ha lest igjennom brevet og nøye undersøkt saka dømte lagmannen ”Olaf karl uskyldig vedrørende døden og bortfall på mor fornevnte Romund og Ottar”.¹⁶⁹

Dommen er av særlig interesser fordi lagmannen her lar rettskildelæren i ML IV 18 slå gjennom overfor den positive bestemmelsen i ML IV 14 som foreskrev ¼ mannebot i et slikt tilfelle.

Dommeren skulle:

”ransake og vurdere saker og misgjerninger og saaledes lempe dommen efter sakforholdet, som tingmænd og retter finder rettest for Gud efter sin samvittighet”.¹⁷⁰

Det bakenforliggende prinsipp er Aristoteles lære om erstatningsrettferdighet og kanonisk retts sondring mellom nyttige og unyttige handlinger. Det essensielle var at avgjørelsen skulle rette seg etter de konkrete omstendighetene. Som nevnt under punkt 8.1.4 må lovens bestemmelse om at det alltid skulle betales minst fjerdingsbøter, ses på bakgrunn av den tradisjonelle selvhjelpskulturen som ensidig fokuserte på skadelidtes interesser. Det førte i landsloven til redusert bot for skade som følge av nyttige handlinger. Men på dette tidspunkt ble det også hevdet at det ikke skulle betales bot for skade som skyldtes et hendelig uhell. Øyrehagen Sunde skriver at

¹⁶⁶ Skeie 1937, side 124

¹⁶⁷ Hallager og Brandt 1855, side 52, note 1

¹⁶⁸ Se punkt 5.5.1

¹⁶⁹ Sitert etter Øyrehagen Sunde 2005, side 153

¹⁷⁰ ML 18. 2

tanken om ansvarsfrihet for det hendelige uhell var kjent fra kristenretten til Jon Raude fra 1273, og på dette tidspunktet må dette også ha fått feste som rett og rimelig i den verdslige verden.¹⁷¹

8.2 Christian den fjerdes lov av 1604

Magnus Lagabøters Landslov kom i 1274. Loven var skrevet på gammelnorsk. På 1500 tallet kom det embetsmenn som ikke behersket det gamle norske språket. Det førte til at loven måtte oversettes til dansk.¹⁷² Da Christian den IV ble konge i 1596, ønsket han å samle retten i en ny norsk lovbok. Han samlet alle lagmennene i 1603 for å lage et utkast til en ny norsk lov, og i 1604 ble den norske lov kunngjort. Loven er skrevet på dansk og bygger i hovedsak på eldre oversettelser av Magnus Lagabøters Landslov.¹⁷³ Loven fremstår som en ”offerseet, corrigeret og forbedrit” utgave av Magnus Lagabøtes Landslov med senere retterbøter, men resultatet ble et annet.¹⁷⁴ Ifølge Brandt var det tatt med foreldede regler, og det var lite av nye regler og de som var med, var satt inn hvor de ikke passet:

”På mange områder har oversetterne ikke funnet termini i dansk som kunne gjengi rettsreglenes mening; de gamle norske betegnelser er da blitt stående, men ofte i en så forvrengt form at de vanskelig kunde gjenkjennes.”¹⁷⁵

I Christian den IV Norske Lov er sondringen mellom viljesverk og vådesverk ført videre fra landsloven. I Mandhelgebolken kapittel XII er vådesverk forklart, og dermed indirekte viljesverket:

”Vaadeværck, eller de gierninger som skeer imod ens vilie: skal mildere straffis end det som skeer met vilie oc forset.”

I innledningen er vådesverk definert ved handlinger som skjer mot ens vilje, og det er presisert at vådesverk ikke er handlinger som skjedde ”met vilie oc forset”. Dette betyr at det samtidig er en definisjon av hva som ligger i viljesverk. Det sentrale for viljesverket var altså at selve handlingen var utført med vilje eller forsett. Ved siden av vilje benyttes forsett. Forsett er også brukt i Koldningske Reces av 1558 kap. 16:

”Findes daa nogen at vitne obenbare løgen med sin fri vilje och ret forsæt.”

¹⁷¹ Øyrehagen Sunde 2005, side 154

¹⁷² Robberstad 1971, side 207

¹⁷³ Robberstad 1971, side 222

¹⁷⁴ Skeie 1937, side 135

¹⁷⁵ Brandt Retshistorie side 55, sitert etter Skeie 1937, side 137

Forsettsbegrepet het opprinnelig ”forsat” og er oversatt fra det tyske *vorsatz*, som igjen er oversatt fra det latinske *proponere*, som betyr å sette noe foran. Etter dette har forsett grunnbetydningen å sette noe foran seg, at gjerningspersonen har et mål for handlingen; altså hensikt.¹⁷⁶

I drøftelsen av hva som nærmere lå i vådesverk benyttes de samme eksemplene som i Magnus Lagabøters Landslov IV kapittel 14 for å få frem sondringen mellom nyttige og unyttige gjerninger.¹⁷⁷ Også bøtesatsene er de samme, men når det gjelder de nyttige handlinger er det en interessant nyanse. Mens Magnus Lagabøters Landslov bestemte at det skulle betale fjerdningsbøter, het det i Norske Lov at det ”bødis ey mere” enn en fjerdingsbøter. Med denne formulering ville resultatet i lagmannsdommen fra 1329 ha falt inn under ordlyden. Det kan være at endringen avspeiler at likevektsprinsippet i praksis var avløst av rettferdighetsprinsippet.

8.3 Sammenfatning

Perioden fra 1274 til 1687 er dominert av Magnus Lagabøters Landslov. Loven bygger på lagtingslovene, men strafferetten er sterkt påvirket av kanonisk rett. Selv om skyldbegrepene vilje og våde er formulert er loven kasuistisk i sin utforming. Vådesverket forklares ved hjelp av eksempelet om de to som feller et tre sammen og de som kaster dit de ikke kan se. Dette er eksempler som vi finner igjen fra Moseloven og romerretten. I Magnus Lagabøtes Landslov kom det inn en differensiering av erstatningen ettersom handlingen var nyttig eller unyttig. Men det var først i rettspraksis at gjerningspersonen slapp å betale erstatning for hendelig uhell.

Av interesse er også at forsettsbegrepet ble introdusert i norsk rett i denne perioden, men foreløpig spilte det en underordnet rolle ved siden av viljesbegrepet.

9 Christian den Vs Norske Lov

9.1 Rettskilden

Etter eneveldets innføring i 1660 ville kongen endre lovene i samsvar med den nye statsform. Det ble til Christian den Vs Danske Lov som kom i 1683. Deretter kom Norske Lov i 1667. Det ble lagt vekt på at de to lovene skulle være så like som mulig. Danske Lov ble derfor lagt til grunn for

¹⁷⁶ Stang 1919, side 39, note 111

¹⁷⁷ Se punkt 8.1.4

Norske Lov, og bare der særlige forhold gjorde seg gjeldende fikk bestemmelsene i Norske Lov en annen ordlyd.¹⁷⁸ Dette har ført til at straffebestemmelsene i Norske Lov i stor grad bygger på Danske Lov.

Danske Lov er en kodifikasjon som bygger på eldre dansk lovgivning, og den ble skrevet før det fantes noen dansk rettsvitenskap. Dette har ført til at Danske Lovs bestemmelser er ”gentagelser af ældre lovregler og har bevaret de opprindelige formuleringer.”¹⁷⁹ De gamle Danske Lover hadde samme regulering av strafferetten som i Magnus Lagabøters lov. Under punkt 8.1.4 har jeg sitert fra Anders Sunesens Parafrase over Skånske lov. Ditlev Tamm har karakterisert den lovgivning som Danske Lov bygde på:

”Landskabslovenes strafferetlige bestemmelser afspejler en brydning mellem flere opfattelser af straffen. Almindelige bestemmelser om straf findes ikke. Det er ingen lære om tilregnelse og tilregnelighed. I landskabslovene ses dog en øget betydning af gerningsmandens subjektive forhold. En grundlæggende sondring i lovene tager således sigte på at sondre mellem retsbrud begået med **vilje** og sådanne, der betragtes som **vådesværk**, f.eks. skade forvoldt uden forsæt eller af dyr eller livløse ting. Var skaden forvoldt med vilje, udredtes en bod til kongen foruden bod til skadelidte. Var handlingen ikke forvoldt forsætligt, modtog alene skadelidte en bod. Til gengæld spillede det ingen rolle, om skaden var forvoldt uagtsomt eller hændeligt. I begge tilfælde havde skadelidte krav på oprejsning.”¹⁸⁰

Denne karakteristikken passer også for straffebestemmelsene i Magnus Lagabøters Landslov. Dansk og norsk straffelovgivning hadde således et felles utgangspunkt i kanonisk rett. Dette betyr at det med Norske Lov ikke kom noe prinsipielt nytt i skyldlæren. Således fikk verken viljesverket eller vådesverket noen generell forklaring. Faktisk var Magnus Lagabøters forklaring av vådesverket i Landsloven 14 mer generell enn i Norske Lov 6-11.

9.2 Viljesverket

Som nevnt i punkt 9.1 bygger Danske Lov og dermed også Norske Lov på eldre lovgivning. Det har ført til at viljesverket var indirekte definert i NL 6-6-1 som alle drap som ikke var skjedd av våde. Vådesdrapet var nærmere forklart i 6-11-1:

”Dræber mand Anden af vaade imod sin Tanke oc Villie til at skade enten den Dræbte eller nogen Anden med den Gierning, bøde fyrretyve Lod Sølf til den Dræbtis Arvinger allene, og dermed være angerløs.”

¹⁷⁸ Tamm 2005, side 215

¹⁷⁹ Tamm 2005, side 212

¹⁸⁰ Tamm 2005, side 112

I NL 6-19-1 er det sagt direkte at for mordbrann krevdes at gjerningspersonen hadde tent på ”med villie.” Dette er det moderne hensiktsforsettet, men til forskjell fra gjeldende rett, ble gjerningspersonen dømt for viljesdrap selv om han bare ville skade. Til skade krevdes ifølge den alminnelige fortolkningen av 6-11-1 at det var tilføyd en skade som ”etter naturens orden muligen kunde foraarsage døden”.¹⁸¹ Sett med moderne øyne er det tale om et objektivt overskudd; gjerningspersonens forsett dekker ikke den kriminaliserte følge. Dette er kanonisk tankegang; den som angrep at annet menneske med vilje til å skade det (med ond vilje), heftet for handlingens naturlige følger. Prinsippet kom inn i engelsk rett. Det tradisjonelle skyldkravet for *murder* var *malice aforethought*, og det var tilstrekkelig at gjerningspersonens vilje dekket *grievous bodily harm*.¹⁸² Dette er fremdeles gjeldende engelsk rett. *Malice aforethought* er erstattet med *intent*, men

”an intent to cause grievous bodily harm was sufficient mens rea for murder.”¹⁸³

I gjeldende norsk rett er dekningsprinsippet gjennomført og dersom gjerningspersonens forsett bare dekker legemsskade blir tilfellet subsumert under strl § 229, som legemsbeskadigelse med døden til følge. Men det er en rest av kanonisk tankegang når strafferammen for legemsbeskadigelse med døden til følge er inntil 8 år, mens det for uaktsomt drap, som også inkluderer bevisst uaktsomhet, er strafferammen i følge strl § 239 6 år.

Ved siden av vilje anvendes ”tanke”. Det henspiller på at gjerningspersonen måtte være klar over hva han gjorde. Et eksempel er NL 6-11-8 som beskriver vådeskuddet:

”Tager nogen anden mands bysse, eller pistol, i hænde, som er ladet, og veed det ikke, og den gaar af for hannem”.

Norske Lov inneholder også andre sinnelagsbaserte formuleringer. I NL 6-11-5 er bestemmelsen om feiltreff fra Magnus Lagabøters Landslov gjentatt:

”Hugger, slaaer, eller sticker, nogen til een med vred hue, at hand vil skade hannem, og rammer en anden, da er det ej vaade.”

¹⁸¹ Se Lasson 1850, side 24. Med videre henvisning til Ørsted, Eunomya 3 del side 60

¹⁸² Blom-Cooper and Morris 2004, side 25

¹⁸³ Simester og Sullivan 2000, side 331

Her fokuseres det på at det er sinne som har fått gjerningspersonen til å ville skade offeret. I NL 6-7-1 er forsett nevnt:

”Skær, eller afhugger, nogen forsætligviis, eller af foragt, en anden mands næse, øre, tunge”.

Norske lov anvender forsett i flere bestemmelser, for eksempel i Norske Lov 6-7-1.¹⁸⁴ Forsett er også nevnt i NL 6-7-19:

”Ager, eller rider, nogen forsætliggen paa mand, Qvinde eller børn, og gjør dennem skade paa liv, helbred og lemmer”

Kravet var altså at gjerningspersonen ville skade. Viljen måtte dekke skaden. Men i drapsbestemmelsen i NL 6-11-1, var det ikke noe krav om at viljen dekket drapsfølgen. Det var tilstrekkelig at gjerningspersonen hadde vilje til å skade.

9.3 Vådesverket

Norske Lov anvendte ”tankce og villie” om det vi ville betegne som forsett. Noen tilsvarende generell formulering finnes ikke for våde. Ifølge Skeie er begrepet ”våde” anvendt i fire betydninger: om skadegjerninger loven betegner som uaktsomme, som skjødesløse, om handlinger som kan være culpøse eller uklanderlige og handlinger som bare kan legges den skadelidte til last.¹⁸⁵

Utgangspunktet var NL 6-11-1 og 2 som fastsatte boten for vådeshandlinger. Omkom offeret måtte gjerningspersonen betale 25 lodd sølv til den dreptes arvinger, og for skade skulle det betales ”badskerløn og den saaredis kost”. Disse bestemmelser definerer ikke nærmere hva som var en vådeshandling, men forutsetningen var en aktiv handling fra gjerningspersonen. I NL 6-11-4 er nevnt eksemplet med de som skader eller dreper noen ved å kaste over skip, hus, gjerde eller gjør ”nogen slig unødig Gierning”. Dette er handlinger som gjerningspersonen er på det rene med at er risikofylte. Han kaster det han ikke kan se, og dessuten er det normalt tale om en unytting handling. Gjerningspersonen har ikke vilje til å drepe, men opptrer likegyldig overfor risikoen. Dersom slike handlinger voldte skade, skulle gjerningspersonen ifølge NL 6-11-4 bøte halvparten av hva han skulle ha betalt om ”hand det med villie hafde giort.” I 6-19-2 er beskrevet en vådeshandling som er karakterisert som ”skiødisløshed”. Den som med vilje tente på annenmanns

¹⁸⁴ Stang 1919, side 39, note 101

¹⁸⁵ Skeie 1937, side 155

hus, mistet sin hals, men ”skeer det af vaade og skiødisløshed, og ikke af forsæt,” måtte han erstatte skaden eller alternativt straffes med fengsel eller arbeid. Ordet er dannet av verbet skøde eller skjøtte, og den egentlige betydningen er ”som intet skjøtter, ligegyldig”.¹⁸⁶ Det tilsvarer *luxuria* og *lascivia* som definerte *culpa lata* i romerretten.¹⁸⁷ Andre eksempler på skjødesløse handlinger finnes i NL 6-11-7 og 6-11-8 uforsiktig omgang med skytevåpen:

”lægger nogen spent, eller ladt bysse, eller pistol, fra sig, og nogen deraf fanger skade”
og

”tager nogen anden mands bysse, eller pistol, i hænde, som er ladt, og veed det ikke, og den gaar af for hannem, og gjør skade”

I NL 6-11-3 finnes bestemmelsen om de to som gikk i skogen for å felle trær ”og den enis øxe slipper af skaftet uden hans villie”. Hvis han ble anklaget, kunne han fri seg ved å avlegge ed på at det var våde, og skulle da ikke betale noe. Også i dette tilfellet har gjerningspersonen utført en handling. Når han likevel ikke måtte betale erstatning, er det fordi i eksempelet beskrives et hendelig uhell under utførelsen av en nyttig handling. Ved denne bestemmelsen er den siste rest av likevektsprinsippet fjernet, jfr ML 14. 2 og Kong Cristian den IVs Norske Lov kapittel XII.

Nytt i forhold til landsloven er at det i Norske Lov finnes situasjoner der det ikke er noen aktiv gjerningsperson. Den som unnlot å sikre ”brønd, eller hule i gaard, eller paa gade, som ej lovlig er, eller Leergrav, som ej er vel med gierde forvaret”, måtte ifølge NL 6-11-9 betale 24 lodd til de dreptes arvinger. Det samme gjaldt den som oppførte hus som styrtet før det var ferdig, slik at noen ble drept. Bebreidelsen lå i at eieren ikke hadde vært så påpasselig som han etter omstendighetene burde. I NL 6-11-13 er ”uagtsomhed” uttrykkelig nevnt. Hvis små barn som ikke kan ta vare på seg selv, drukner ”formedelst forældrenis uagtsomhed”, måtte foreldrene skrive åpenlyst og gi til de fattige i forhold til sin formue. Foreldrene hadde plikt til å passe på barna, og bebreidelsen lå i at de ikke hadde vært aktpågivende nok.

Her kommer uaktsomhetsbegrepet inn i norsk rett for første gang. Ordet er av germansk opprinnelse. Agt betyr oppmerksomhet (gi agt paa).¹⁸⁸ Stang sier at uaktsomt voldt er den følge

”man burde eller kunde været oppmerksom paa Det er altsaa en tankens passivitet, ordet først og fremst betegner.”

¹⁸⁶ Falck og Torp, 1991

¹⁸⁷ Se punkt 5.4

¹⁸⁸ Stang 1919, side 129, note 9. Det følgende bygger på note 9 i Stang 1919.

Samme betydning har det tyske ordet *Fahrlässigkeit*. Det kommer av *fahren lassen* som betyr å la fare (*laisser aller*). Denne definisjonen tilsvarer definisjonen i Dig. 9, 2, 31 og bevisst uaktsomhet i moderne rett.

Ifølge NL 6-11-12 ble eieren i utgangspunktet ikke ansvarlig dersom en bygning styrtet sammen slik at en person ble drept. Det gjaldt selv om bygningen var gammel og brøstfeldig, men dersom eieren "haver været tilforn advaret at forvare huset", måtte han ifølge 6-11-12 betale 24 lod sølv til de etterlatte. En tilsvarende bestemmelse finnes i Moseloven om den eieren som var blitt varslet om at oksen var mannevond.¹⁸⁹ Bebreidelsen ligger i at eieren ikke tar forholdsregler til tross for at han er blitt varslet og gjort oppmerksom på den risiko som har materialisert seg.

9.4 Sammenfatning

Norske Lov bygde på eldre dansk rett, men strafferetten i de danske landskapslover var lik Magnus Lagabøters Landslov. Sondringen mellom viljesverk og vådesverk er derfor ført videre i Norske Lov. Viljesverket var karakterisert ved at gjerningspersonen hadde utført handlingen med vitende og vilje. Den grunnleggende kanoniske tankegangen viser seg ved at det var tilstrekkelig for å bli dømt for drap at gjerningspersonen bare hadde ment å skade sitt offer. Vådesverket er fortsatt forklart ved hjelp av en rekke eksempler. I tillegg til beskrivelsen av gjerningen er det formulert skyldbegreper. Forsettsbegrepet er med, men som i Christian den IVs Norske lov spiller det fortsatt en underordnet rolle. Av særlig betydning er at det kan utledes en sontring mellom skjødesløshet og uaktsomhet som tilsvarer vår sontring mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet. Det var først ved kriminalloven av 1842 at kasuistikken ble erstattet av prinsipper. Dette behandler jeg i neste kapittel.

10 Kriminalloven

10.1 Rettskilden

Da Grunnloven ble gitt i 1814 var Den Norsk Lov over 100 år gammel. Den Norske Lov var ufullstendig og kasuistisk utformet, og det var derfor behov for en ny lov. I Grunnloven § 94 ble det derfor bestemt at det skulle utarbeides en ny kriminallov. Lov angaaende forbydelser

¹⁸⁹ Se punkt 3.3.5

(kriminalloven) kom i 1842. Kriminalloven ble laget etter modell fra straffeloven i Hannover, som igjen var påvirket av Feuerbachs bayerske straffelov fra 1813. I følge Hagerup var kriminalloven på høyde med strafferettens utvikling i denne periode og at ”den betegnede i forhold til den ældre ret et overordentlig stort fremskridt.”¹⁹⁰ I kriminalloven er kasuistikken fjernet og det er kommet generelle begreper for å beskrive skyldkravene. Begrepene er ikke definert i loven, men det er tradisjonelle begreper som er brukt: ”beraad hu” eller ”overlæg”, ”forsætlig” og ”uagtsomhed”.

I 1840 årene kom det to vitenskapelige fremstillinger av loven. Det var Anton Martin Schweigaards kommentarutgave til kriminalloven som han skrev mellom 1845-1846, og Carl Peder Lassons håndbok over strafferetten, som kom i 1850.¹⁹¹ Schweigaard var professor i jus og politiker. Han satt blant annet på Stortinget da kriminalloven ble vedtatt. Lasson var dommer i Høyesterett da han skrev håndboken. I perioden 1837-1850 var han også redaktør av Norsk Retstidende.

Den norske skyldlæren er påvirket av Ørsteds verker, Eunomia (1815-1822) og Håndbog (1822-1835).¹⁹² Ørsted bygget videre på Danske og Norske Lovs sonndring mellom viljesverk og vådesverk, men han trakk også inn tysk teori. Det sentrale i forsettsbegrepet for Ørsted var viljens frihet. Til forsettlig forbrytelse krevde han at gjerningspersonen måtte ha vilje til følgen. Dersom gjerningspersonen hadde ”indseet” at handlingen ”lettelligen” kunne fremkalle følgen, forelå uaksomhet. Tilsvarende mente Lasson at drapsforbrytelesen kunne deles inn i ”uagtsomt og forsætligt, eftersom døden af paagjeldende er tilsigtet eller ikke.”¹⁹³ Han påpeker deretter at denne definisjonen ikke stemte med med definisjonen som lå til grunn for Norske Lov når det ifølge 6-11-1 var tilstrekkelig at gjerningspersonen hadde vilje til å skade. Det førte til en sonndring mellom helforsettelige og halvforsettelige drap. I tillegg til det forsettelige og uaktsomme drapet, kom det overlagte drap (mord). Kriminalloven inndelte drap etter skyldkravet i fire kategorier. I Schweigaards terminologi var det:¹⁹⁴

1. Overlagt drab eller Mord (§ 1)
2. Virkeligen forsætligt, men uoverlagt drab (§ 3)
3. Halv forsætligt, halv uagtsomt drab, naar manddraberen ikke har villet dræbe, men han og har villet fornærme paa legeme eller helbred (§§ 4, 7, 8)

¹⁹⁰ Hagerup 1911, side 66

¹⁹¹ Michalsen 1997, side 370

¹⁹² Waaben 1973, side 10

¹⁹³ Lasson 1850, side 15

¹⁹⁴ Schweigaard 1882, annen del side 100

4. Uagtsomt drab, naar drapsmanden end ikke har villet fornærme nogen paa legeme, men dog ikke gaaer straffri, fordi han har tilsidesat den agtsomhed, der skyldtes andre liv (§ 26)

I det følgende skal jeg se nærmere på skyldbegrepene i disse bestemmelserne.

10.2 Mord

Kriminalloven 14 § 1 tar i bruk mord som betegnelse på det alvorligste drap som førte til galgen:

”Hvo som med beraad hu eller overlæg, i hensigt at dræbe, forvolder en andens død, skal for mord have sit liv forbrudt”.

Lasson tar utgangspunkt i at ”morder” i det gamle norske språk betydde en ugjerningsmann som ”lumsk og hemmeligen bragte nogen af dage, som ikke var i stand til eller forberedt paa at værge sig”.¹⁹⁵ I kriminalloven ble mord brukt som betegnelse på det kvalifiserte drap. Grunnvilkåret for å bli dømt for mord var at gjerningspersonen hadde handlet med hensikt til å drepe. Det var ikke tilstrekkelig med skadehensikt, gjerningspersonen måtte ha vilje til å ”fuldtud dræbe”.¹⁹⁶ I tillegg til drapshensikt måtte gjerningspersonen ha truffet sin beslutning ”med beraad hu eller overlegg”. I dette lå at gjerningspersonen før han traff sin beslutning, måtte ha tenkt gjennom den.

Ordet beraad kommer fra det tyske *beraten*, som betyr å rådføre seg. Det betyr altså det samme som overlegg. Begrepet ble brukt i manndrapsforordningen av 1697 som skjerpet straffen for drap som:

”befindes og lovlig overbevises med frie forsæt og beraad hue at have myrdet sin ægtefælle, sin herre eller huusbond, sin frue eller madmoder eller nogen af deres børn”.

En tilsvarende ordlyd er tatt med i forordning av 1749 om den som drepte med ”beraad hu, uden nogen foregaaende tvistighed eller dertil given aarsag, paa førstmødende”.¹⁹⁷ Lasson bruker formuleringen ”forudfattet, eller overveiet beslutning”.¹⁹⁸ Han presiserer at det var beslutningen som måtte være overveid. Det forelå således mord både når gjerningspersonen:

¹⁹⁵ Lasson 1850, side 65

¹⁹⁶ Schweigaard 1882, annen del, side 107

¹⁹⁷ Skeie 1937, side 182

¹⁹⁸ Lasson 1850, side 36

”med beraad hu have baade besluttet og udført forbrydelsen, eller og kun med overlæg besluttet den, men derimod i lidenskabelig stemning udført den”.¹⁹⁹

Han presiserer også at gjerningspersonen kan ha vært i en slik sinnsstemning ”at ingen overveielse af plan og midler var ham mulig”.²⁰⁰ I så fall forelå det ikke overlegg, selv om gjerningspersonen handlet med hensikt å drepe. Men omvendt kunne det foreligge overlegg selv om beslutningen kom tett opp til handlingen. Det overlagte drap (mord) ligner på Aristoteles lære om det frivillige drap. Aristoteles fremhevet nettopp at drapet var begått etter en forutgående beslutning.²⁰¹

Kriminalloven betraktet også drap begått ved hjelp av gift som mord uten at det krevdes bevis for at gjerningspersonen hadde hatt drapshensikt:

”har nogen ved forgift eller andet saadant forvoldet en andens død, straffes han for mord etter § 1, enten hensigten var at dræbe eller blot at tilføie skade paa legeme eller helbred.”²⁰²

Det som krevdes var at gjerningspersonen forsettelig hadde gitt giften, og at hensikten var å skade offeret på legeme eller helbred. Gjerningspersonen måtte altså være klar over at han ga gift i hensikt å skade, og så fall heftet han for dødsfølgen (objektivt overskudd). Lasson betrakter bestemmelsen som ”en uafbeviislig lovformodning om hensigt til at dræbe.”²⁰³

10.3 Det hel forsettelige drap

Mord ble straffet med døden. Dersom overlegget manglet, var straffen ifølge § 3 straffearbeid i første eller andre grad. Det gjaldt:

”Den, som under klammeri, eller i andre maader uden overlæg men dog i hensigt at dræbe, forvolder en andens død”.

I sin drøftelse av skyldkravet tok Schweigaard utgangspunkt i at gjerningspersonen måtte ha ”villet det som i sin handling er retstridigt”.²⁰⁴ Han måtte ha truffet en beslutning om for eksempel å drepe, og deretter utført en handling for å oppnå sitt forsett. Det var altså ikke tilstrekkelig at gjerningspersonen forsettelig hadde utført drapshandlingen. Han illustrerte poenget med et

¹⁹⁹ Lasson 1850, side 67

²⁰⁰ Lasson 1850, side 37

²⁰¹ Se punkt 2.2.3

²⁰² Kriminalloven 14, § 2

²⁰³ Lasson 1850, side 32

²⁰⁴ Schweigaard 1882, første del, side 188

eksempel. Den som avfyrrer et skudd med et gevær som han vet er ladet for å drepe et dyr, men istedenfor dreper et menneske, har skutt forsettelig. Men for at det skulle være et forsettelig drap, måtte beslutningen om å drepe ha ”fylt forbryderens sind”.²⁰⁵ Lasson formulerte det slik at gjerningspersonen måtte ha tilstrebet dødsfølgen.²⁰⁶ Det er dette som i gjeldende rett betegnes for dekningsprinsippet.

10.4 Det halvforsettelige drap

Det karakteristiske for det helforsettelige drapet var at gjerningspersonen hadde villet drepe sitt offer. Gjerningspersonens innsikt i skadefølgen kunne således ikke begrunne forsett. Etter denne definisjonen ville derfor det moderne sannsynlighetsforsettet falle utenfor forsettet. I kriminalloven var det tilfelle at gjerningspersonen ikke hadde hatt drapshensikt skilt ut i en egen bestemmelse, under betegnelsen av halvforsettelige drap.²⁰⁷ Når dette tilfellet ble betraktet som forsettelig drap, var det fordi gjerningspersonen ”i alle tilfælde har villet noget straffbart”.²⁰⁸ Denne tankegangen er rester av den kanoniske lære om at den som begikk en ulovlig handling, heftet for handlingens naturlige følger.²⁰⁹

På et punkt utvidet kriminalloven området for det halvforsettelige drapet. I følge NL 6-11-1 krevdes at gjerningspersonen hadde villet skade sitt offer. Etter kriminalloven var det tilstrekkelig at gjerningspersonens hensikt var legemsfornærmelse. Det var tilstrekkelig at gjerningspersonen hadde dyttet offeret over ende slik at det ble drept. I rettspraksis ble imidlertid bestemmelsen tolket slik at gjerningspersonen ikke ble dømt for halvforsettelig drap dersom hans handling var ”tilladeligt svar på tiltale”.²¹⁰ Schweigaard viser til Rt 1837 side 767, der A slapp med straff for vådesdrap fordi den personen han hadde dyttet til hadde tildelt ham et slag med en spade, og et slikt tilfelle ”betog det paafølgende puf dets egenskap af fornærmelse og saaledes vilde gjøre 14-8 uanvendelig”.

Kriminalloven delte inn det halvforsettelige drapet i tre under kategorier. I den første kategorien kom det tilfelle at gjerningspersonen med overlegg hadde tilføyd betydelig skade på legeme eller helbred. Deretter kom det tilfelle at gjerningspersonen med overlegg hadde tilføyd den drepte skader som ikke var betydelige. Den tredje kategorien omfattet det tilfelle at gjerningspersonen

²⁰⁵ Schweigaard 1882, annen del, side 108

²⁰⁶ Lasson 1850, side 3

²⁰⁷ Schweigaard 1882, annen del, side 104

²⁰⁸ Schweigaard 1882, annen del, side 101

²⁰⁹ Se punkt 6.4

²¹⁰ Schweigaard 1882, annen del, side 103

ikke hadde handlet med overlegg, men med vilje til å skade sitt offer på legeme eller helbred. Den fjerde kategorien omfattet det tilfelle at gjerningspersonen med vilje tilføyde sitt offer en legemsfornærmelse. Dersom gjerningspersonen ikke engang hadde vilje til å fornærme sitt offer, forelå ikke forsettelig drap, men uaktsomt drap etter kriminalloven 14-26.

Det halvforsettelige drapet ble avskaffet ved straffeloven av 1902 som konsekvent gjennomførte dekningsprinsippet. Det førte til at dersom gjerningspersonen vilje ikke dekket den kriminaliserte følge, ble ikke forbrytelsen betegnet som drap, men som henholdsvis legemsfornærmelse eller legemsbeskadigelse med døden til følge, jfr straffeloven av 1902 § 228 annet ledd, tredje straffealternativ og § 229 første ledd, tredje straffealternativ.

10.5 Uaktsomhet

Kriminalloven hadde ingen definisjoner av skyldbegrepene, men i fjerde kapittel § 2 finnes en bestemmelse som graderer bebreidelsen. Det skulle blant annet legges vekt på om:

- a) ”angjældende selv har indseet det farlige i sit forhold”
- b) ”handlingens farlighed var saa aabenbar, at det letteligen kunde indsees, at skade deraf kunde opstaae”
- c) ”han, efterat være bleven opmærksom paa følgerne af sin uaktsomhed, ikke efter evne har søgt at afværge disse”

Med denne bestemmelsen festnet uaktsomhet seg som skyldbegrep i norsk rett, og den fremhever innsikt som et viktig kriterium. Ut fra dette kom sonderingen mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet. Lovkommisjonen hadde foreslått en bestemmelse i § 4-3 om at:

”den som ikke forsætlig har forbrudt sig, men gjort sig skyldig i skjodesløshed, uforsigtighed eller forsømmelse, bliver derfor ikkun at straffe i de tilfælde, med hensyn til hvilke det i denne lov er bestemt, at uaktsomhed skal straffes”.²¹¹

Schweigaard tok utgangspunkt i at til en forsettelig forbrytelse krevdes at gjerningspersonen hadde ”villet det, som i handlingen er retsstridigt”.²¹² For at det skulle foreligge bevisst uaktsomhet måtte gjerningspersonen ”været sig bevidst”, at handlingen ”letligen” kunne ”afføde retsforstyrrelse”.²¹³ Som eksempel nevner han det å legge et ladd våpen i nærheten av der barn

²¹¹ Schweigaard 1882 første del, side 188

²¹² Schweigaard 1882, første del, side 188

²¹³ Schweigaard 1882, første del, side 188-190

leker. Deretter drøfter han ubevisst uaktsomhet, og han fremhever som det essensielle at gjerningspersonen ikke har ”tænkt sig muligheden af at hans handling kunde medføre retskrænkende følger”.²¹⁴ Bebreidelsen lå i mangel på ”paa opmærksomhed, agtsomhed og flid.”

Schweigaard tar opp spørsmålet om ubevisst uaktsomhet bør straffes. Det han problematiserer er at gjerningspersonens ”mangel er at henføre til erkjendelsen og ikke til villien.” Men av praktiske bevismessige grunner konkluderte han med at også slik uaktsomhet var straffbar dersom gjerningspersonen ikke hadde utvist:

”den grad af agtsomhed og omtanke, som borgerne have at iagttage til den retlige ordens vedligeholdelse”.²¹⁵

Schweigaard understreker at dette skulle måles etter en ”almengyldig eller objectiv maalestok”. Et moment i vurderingen var om skaden var skjedd ”ved en aldeles unødige gjerning”. En slik handling burde:

”under lige mulighed af beskadigelsen, snarere ... tilregnes den vedkommende, end naar handlingen selv har et fornuftig øiemed.”²¹⁶

Schweigaard viser også til at det ved bedømmelsen måtte tas hensyn til om den handlende befant seg i et ”nødtilfælde”. Han anvender her sentrale prinsipp fra kanonisk rett og Magnus Lagabøters Landslov IV 14.

Lassons fremstilling av det ”uagtsomme manddrab” bygger på Ørsted og Schweigaard.²¹⁷ Drapet var å anse som:

”hændeligt, saafremt det ikke lod sig afværge ved den grad af forsigtighed og omhu, som man af paagjældende med hensyn til omstændighederne og de flere gjenstande, der samtidig gjorde krav paa hans opmærksomhed, fornuftigviis kunde fordre.”²¹⁸

Det er interessant å merke at etter å ha gitt denne definisjonen, sier han at ”den i 6-11-3 uttrykte grundsætning er saaledes endnu gjældende” skjønt bestemmelsen er opphevet. Det er eksemplet om de to mennene som gikk i skogen og hugget ved, som allerede var med i Moseloven.

²¹⁴ Schweigaard 1882, første del, side 190

²¹⁵ Schweigaard 1882, første del, side 190

²¹⁶ Schweigaard 1882, første del, side 192

²¹⁷ Lasson viser i fotnote til Ørsteds Eunomia og Schweigaard

²¹⁸ Lasson 1850, side 18

10.6 Sammenfatning

Kriminalloven innførte mordet som den alvorligste form for drap. Skyldkravet var at gjerningspersonen hadde handlet med overlegg i hensikt å drepe. Forsettsbegrepet er brukt i loven, men ikke i drapsbestemmelsen som i stedet bruker hensikt. Kriminalloven bygget videre på den kanoniske tankegang om at den som utførte en handling av ond vilje heftet for handlingens naturlige følger. Men strafferettsteoretikerne hadde på dette tidspunkt påpekt at til egentlig forsett krevdes at viljen dekket forsettet. Dette førte til sontringen mellom det halvforsettelige og helforsettelige drapet. På den annen side betraktet ikke kriminalloven det som forsett om gjerningspersonen hadde innsett dødsfølgen som sannsynlig.

Kriminalloven innførte uaktsomhetsbegrepet som et sentralt skyldbegrep, og det ble gitt anvisning på en sontring mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet.

11 Avslutning

Jeg har ført fremstillingen frem til kriminalloven. Spørsmålet er så om den karakteristikk Andenæs ga av eldre rett er dekkende. Han fremhevet at det i eldre rett fantes strafferettslig ansvar på rent objektivt grunnlag og at den tok utgangspunkt i den tilføyde krenkelse og spurte mindre etter gjerningspersonens subjektive forhold. Svaret vil avhenge av hvorledes begrepet strafferettslig skal defineres, og av hva som ligger i straffeansvar på objektivt grunnlag.

Gjennomgangen av både mosaisk rett, gresk rett, romerretten og eldre norsk rett har vist at det ble sondret ettersom handlingen var utført med vilje eller ikke. Sontringen ble tillagt avgjørende betydning for det offentlige rolle i rettshåndhevelsen. I romerretten var sontringen avgjørende for om gjerningspersonen skulle straffes av det offentlige eller om den krenkte måtte kreve erstatning av gjerningspersonen. Tilsvarende var sontringen i eldre norsk rett avgjørende for om gjerningspersonen måtte betale bøter både til kongen og den krenkte eller de etterlatte. Dette viser at det subjektive element var essensielt i alle fall fra og med da strafferetten ble regulert av lov.

Det Andenæs kan ha tenkt på, er eldre norsk retts behandling av vådeverket. Så lenge likevektsprinsippet var rådende, har han dekning for sitt utsagn om at det ble lagt større vekt på den tilføyde skade enn på gjerningspersonens subjektive forhold. Men dette må betraktes som et etterslep fra selvhjelpskulturen. Så lenge det var opp til den krenkte eller hans etterkommere å avgjøre om det skulle hevnes, måtte det være de krenktes situasjon som stod i fokus. Eksempelet i G 175 om de som firte en mann ned i reip, er et eksempel på en slik objektiv regel. Men allerede i Magnus Lagabøters Landslov kom det bestemmelser som nyanserte erstatningsutmålingen etter de konkrete omstendigheter på skadevoldersiden. Det er Aristoteles erstatningsrettferdighet som via kanonisk rett gjør seg gjeldende. Men selv om det kan påvises objektive elementer, kan det ikke forsvare en så generell beskrivelse av eldre rett som den Andenæs gir. Dessuten kan det diskuteres om vådesverket bør karakteriseres som strafferett.

Men selv om viljeselementet var sentralt i den eldre rett, var den mer objektiv enn den gjeldende retten som Andenæs fremstiller. Også det skyldes kanonisk retts grunnleggende påvirkning av strafferetten. På én måte var kanonisk rett mer sinnelagsorientert enn gjeldende rett ved at den vektla gjerningspersonens onde tanker mer enn handlingens konsekvenser. Men til forskjell fra gjeldende rett ble det ikke stilt krav om at viljen dekket følgen. Kanonistene så det slik at gjerningspersonen heftet for handlingers naturlige følger. Etter moderne tankegang fører det til et objektivt overskudd. Den kanoniske tankegangen gjorde seg gjeldende til og med i kriminalloven.

Den kanoniske tankegangen ble avskaffet ved straffeloven av 1902 som konsekvent gjennomførte dekningsprinsippet, men det er fortsatt rester av kanonisk tankegang. I motivene tas det for gitt at den som har ”handlet for at fremkalde følgen” har handlet forsettelig, og så legges det til i kanonisk ånd ”uden at her den større eller mindre sandsynlighet kommer i nogen betragtning.” Det halvforsettlige skyldbegrep kom ikke med i 1902 loven. I stedet kom bevissthetsforsettet. Selv om følgen ikke var tilsiktet, forelå det forsett dersom følgen måtte fremstille seg som ”nødvendig eller ganske overveiende sandsynlig.”²¹⁹ Det er denne motivuttalelsen som har begrunnet sannsynlighetsforsettet, og trukket grensen mellom sannsynlighetsforsettet og bevisst uaktsomhet. Deretter tar motivene for seg det tilfelle at

²¹⁹ Udkast til almindelig borgerlig straffelov 1886, side 58

følgen verken fremstod som overveiende sannsynlig eller usannsynlig, og sier at da ”betrædes et felt, hvor løsningen er og alltid maa være meget usikker”, men legg merke til at:

”af væsentlig betydning vil det her maatte være, om den skyldige kan siges at have acquiesceret ved følges intræden eller ikke, d. v. s. om han har handlet uden hensyn til denne, saaledes at han, om han havde kunnet forudse dens indtræden, dog vilde have handlet paa samme maade 1), eller om han har handlet, stolende paa, at en gunstig skjæbne vilde forskaane ham for den frygtede følges intræden.”²²⁰

Dette er den motivuttalelse som har begrunnet mulighetsforsettet (*dolus eventulis*) i norsk rett.

²²⁰ Udkast til almindelig borgerlig straffelov 1886, side 58

12 Litteraturliste

- Andenæs 2004: Johs Andenæs, Alminnelig strafferett 5. utgave
Andenæs 1974: Johs Andenæs, Alminnelig strafferett
Andenæs 1956: Johs Andenæs, Alminnelig strafferett
Anners 2000: Erik Anners, Den europeiske rettens historie, 9. opplag
Anners 1983: Erik Anners, Den europeiske rettens historie
Aristoteles 2006: Aristoteles, Retorikk
Aristoteles 2002: Aristoteles, The Athenian constitution
Aristoteles 1973: Aristoteles, Den nikomakiske etikk
Aristoteles 1962: Aristoteles, The politics
Blom-Cooper and Terence Morris 2004: With Malice Aforethought, a study of the Crime and punishment for Homicide.
Brandt 1880: Fr. Brandt, Den norske rettshistorie
Brundage 2004: James A. Brundage, medieval canon law
Cavallin 1999: Samuel Cavallin, Skuld 2. utg.
Cicero 1971: Cicero taler ved Henning Mørland
Drachmann 1962: A.B Drachmann, Romersk statsforvaltning
Falk og Torp 1991: Falk og Torp, Etymologisk ordbok
Fenger 1977: Ole Fenger, Romerrett i Norden
Gaius 1969: Gaius Institutiones ved Lars Jacob Jorstad
Hagerup 1911: Francis Hagerup, Strafferettens almindelige del
Hauge 1996: Ragnar Hauge, Straffens begrunnelser.
Juul 1970: Forelæsninger over hovedlinier i europæisk rets utvikling fra romerretten til
Lanni 2006: Adriaan Lanni, Law and justice in the courts of classical Athens
Lasson 1850: P.C Lasson, Haandbog i criminalretten. Den specielle deel II
Michaelsen 2002: Dag Michaelsen, Oscar Platou leser Rudolf Jherring, i Festskrift Lødrup.
Michaelsen 1997: Dag Michaelsen, Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr 3
Nicholas 1962: Barry Nicholas, An introduction to roman law
Plöchl 1955: Willibald M. Plöchl, Geschichte des kirchenrechts
Robberstad 1971: Knut Robberstad, Rettssoga I
Robberstad 1969: Knut Robberstad, Gulatingslovi
Ross 1970: Alf Ross, Hensigt er ikke forsæt, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1970 side 337
Schweigaard 1882: A. Schweigaard, Den norske criminallov
Simester and Sullivan 2000: AP Simester, GR Sullivan, Criminal law, theory and doctrine.
Skeie 1937: Jon Skeie, Den almindelige del
Stang 1919: Fredrik Stang, Erstatningsansvar
Stigen 1999: Arnfinn Stigen, Tekningens historie bind 1 og 2, 16. opplag
Stigen 1973: Arnfinn Stigen, kommentarer til den nikomakiske etikk av Aristoteles, se Aristoteles 1973
Strachan - Davidson 1969: J.L. Strachan Davidson, Problems of the roman criminal law
Sunde 2005: Jørn Øyrehaugen Sunde, Speculum Legale.
Tamm 2005: Ditlev Tamm, Retshistorie 2 utgave
Tamm 1980: Ditlev Tamm, Romerrett.
Thomsen 1983: Rudi Thomsen, Høykulturer tar form, bind 2 i Ascheougs verdens historie
Vinogradoff 1928: Paul Vinogradoff, The collected papers of Paul Vinogradoff

Waaben 1973: Knud Waaben, Det kriminelle forsæt

13 Rettskilder

Numas lov

Tolvtavlerloven

Corpus juris civilis

Gulatingsloven, oversatt av Knut Robberstad, 1969

Frostatingsloven, oversatt av Jan Ragnar Hagland og Jørn Sandnes, 1994

Magnus Lagabøters Landslov, oversatt av Absalon Taranger 1970

Kong Christian den fjerdes norske lovbog, utgitt av Fr. Hallager og Fr. Brandt, 1855

Kong Christian den femtes Norske Lov, universitetsforlaget 1982

Lov angaaende forbrydelser 1842 (kriminalloven)

Udkast til almindelig borgerlig straffelov 1886

Almindelig borgerlig straffelov av 1902

Lov om straff 2005 (straffeloven)

Rt 1977 1207

14 Ordliste

actio legis Aquila – søksmål basert på lex Aquila

actio in factum concepta – søksmål med formula som ikke var basert på jus civile, men på faktum

actio in jus concepta – søksmål med formula som var basert på jus civile

actio utilis – pretorskapt søksmål, se *actio in factum concepta*

Aeropagos – opprinnelig det styrende organ i Aten, men på Aristoteles tid en domstol med jurisdiksjon i saker om forsettlig drap

aequitas – rettferdighet, rimelighet, at noe er naturlig rett og rimelig, i motsetning til positiv lov

beraad hu – i eldre rett betegnelse på overlegg, i blant annet kriminalloven § 1, avledet av det tyske *beraten* som betyr å rådføre seg

bonae fidei – god tro, oppriktighet, hederlighet

casus – fall, tilfelle, hendelse, uhell

caedere – verb som i romerretten ble brukt som gjerningsbeskrivelse for drap, med grunnbetydning stikke, skjære, slakte

Codex – betegnelse på keiserlover

comitia centuriata – romersk folkeforsamling

concilium plebis – plebeiernes folkeforsamling

culpa – grunnbetydning feil, forseelse, uaktsomhet, skyld

culpa lata – lata har grunnbetydningen stor, bred; culpa lata uttrykte en ytterst alvorlig brist på forsiktighet (hensynsløshet). Se *luxuria* og *lascivia*

culpa levis – levis har grunnbetydningen lett overfladisk, lettsindig; culpa levis uttrykte brist på aktsomhet. Se *negligentia* og *diligentia*

delictum – feil, forseelse, rettsbrudd

Delphinium – gresk domstol, jurisdiksjon i saker hvor drapet var lovlig begått

Digestene – tittel på flere juridiske verker, kjennetegnet ved en heller løs systematisk oppbygning. Også betegnelsen på annen del av Justinians lovverk

diligentia – omhyggelighet, nøyaktighet, oppmerksomhet, påpasselighet. Betegnelse på den grad av aktsomhet som krevdes for å unngå ansvar. Se culpa levis

dolus – med grunnbetydning list, listig plan, svik, intrige. Se *dolo malo*

dolus eventualis – eventualforsett eller mulighetsforsett

dolus ex re – bevisregelen som konstaterte skyld ut fra handlingen

dolo malo – svikaktig og ondt sinnelag

epieikeia – rettferdighet på gresk

etymologi – læren om ords betydning og utvikling

Exodus – utgang, betegnelse på 2. Mosebok som forteller om jødernes utgang av Egypt

fahrlässigkeit – skjodesløshet, likegyldighet, slurv, uaktsomhet

force majeure – uforutselig hendelse som utelukker ansvar

Forum romanum – det romerske torg, hvor tolvtableloven var slått opp

frangere – en av gjerningsbeskrivelsene i lex Aquila, med grunnbetydningen bryte, brekke, knekke, knuse, slå i stykker

furtum – tyveri, av ferre som betyr å bære bort

homocidium – betegnelsen på drap, av homo som betyr menneske og caedere som betyr stikke, skjære, slakte

homocidium voluntarium – betegnelse hos Thomas Aquinas for det frivillige, gjennomtenkte drap

ignorantia – lukke øynene for, ignorere

imperium – ordre, rett til å utstede befalinger; betegnelse på den høyeste statsmyndighet som kongen og senere konsulene hadde

injuria – rettstridighet, urett, overgrep, voldsgjerning, forulemping; generell betegnelse i lex Aquila på handlinger som førte til ansvar

Institutiones – betegnelse på en elementær lærebok i romerrett, jfr Gaius Institutiones fra ca 160 etter vår tidsregning og Justinians Institutiones som er som er første del av corpus juris civilis

involuntary homicide – ufrivillig drap; Aristoteles betegnelse på det ikke gjennomtenkte drap

jus civile – retten for Roms borgere, basert på lover og sedvaner, i motsetning til den pretorskapte retten

jus pretorium – den pretorskapte retten

kasuistikk – system av rettsregler, utformet med enkelttilfeller som utgangspunkt

lascivia – løssluppenhet, tøylesløshet; betegnelse på skyldform som avgrenset culpa lata mot culpa levis

latus – se culpa lata

Legis Corneliae – lover fra ca 80 før tidsregning om snikmord og giftmord

levis – se culpa levis

Lex Aebutia – lov fra ca 130 før vår tidsregning som erstattet legis actiones prosessen med formularprosessen

Lex Aquila – lov fra ca 286 før vår tidsregning som innførte erstatningskrav for injuria

luxuria – hensynsløshet, likegyldighet; betegnelse på skyldform som avgrenser culpa lata mot culpa levis

malus – ond, ondsinnet, upålitelig, dårlig, slett; se dolo malo

mens rea – syndig sinn; gammel skyldbetegnelse i common law

necandi causa – i hensikt å drepe

necare – drepe, ta av dage

neglegentia – forsømme, ikke være aktsom, skjødesløshet; betegnelse på den manglende aktsomhet som førte til culpa levis

nesciens – ikke vitende

obligatio ex contractu – forpliktelse stiftet ved kontrakt

obligatio ex delicto – forpliktelse stiftet ved skadegjørende handlinger

occidere – grunnbetydning stikke, skjære, slakte, se homicidium

parricidium – var antagelig betegnelsen på drap innen familien, ble ved Numas lov

betegnelsen på drap av enhver fri mann, se homicidium

parricidii questores – var betegnelse i tolvtafverloven på de som ble oppnevnt for å undersøke drap

peccatum – betegnelsen på synd i kanonisk rett

perduellio – betegnelse på forbrytelser mot staten, som hørte under det offentlige

pronoias – betegnelse på et planlagt drap

proponere – grunnbetydningen å sette noe foran, var i tysk rett mønsteret for vorsatz og forsett i dansk/norsk rett

provocatio ad populum – betegnelse på den rett en romersk borger hadde i den eldste tid til å bringe en sak om drap inn for folkeforsamlingen

res illicitae – ulovlige handlinger; i kanonisk rett heftet gjerningspersonen for slike handlingers naturlige følger

rumpere – grunnbetydningen rive, slite i stykker, ødelegge; en av gjerningsbeskrivelsene i lex Aquila

sciens – vitende; skyldform som betegnet at gjerningspersonen handlet med kunnskap om det som handlingen straffbar

skjødesløs – grunnbetydning den som intet skjøtter, likegyldig; betegnelse på den bevisst uaktsomme handling

sollicitudon – stor omtanke, omhyggelighet, se *diligentia*

talion – gjengjeldelse, like for like

uaktsomhet – mangel på oppmerksomhet, se *fahrlässigkeit*

urere – grunnbetydningen brenne; en av gjerningsbeskrivelsene i *lex Aquila*

viljesverk – i germansk rett betegnelsen på den forsettelige (villede) skadetilføyelse

voluntas – grunnbetydningen vilje, ønske, lyst

vorsatz – se *proponere*

vådesverk – våde betyr fare, ulykke; vådeverk var betegnelsen i germansk rett for uforsettelige skadetilføyelse